الإيجاب والقبول

في القانون المدني الأردني والمقارن

المبدأ وتطوره

إعـــداد

د. يزيد أنيس نصير *

* أستاذ القانون المدني المساعد ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية- قسم الدراسات القانونية - جامعة آل البيت .

ملخص البحث

تناولت الدراسة في الفصل الأول التطور التاريخي لمبدأ الإيجاب والقبول في القانون الروماني والفقه الإسلامي وإقرار الفقه الإسلامي للإيجاب والقبول وتطوره في القانون الفرنسي ووسائل التعبير عن الإرادة فيه وكيف قرب هذا المبدأ من الفقه الإسلامي، وتطوره في النظام الانجلو سكسوني ووسائل التعبير عن الإرادة فيه . كما بينت الدراسة أيضاً في الفصل الثاني الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث في الإيحاب والقبول في فرنسا وانجلترا وماتعرض له كل منهما من انتقادات فقهية وقضائية مع بيان أنواع العقود التي تبرم بين أطراف عديدة .

وقد خصص الفصل الثالث لبحث الإيجاب والقبول في القانون الأردني من خلال توضيح طرق التعبير عن الإرادة وكيف استمد القانون الأردني مواده من مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ومن القانون المدني المصري .

المقدمة:

إن العقد لايتم إلا بارتباط إيجاب بقبول . هذه هي قاعدة أساس من القواعد التي بنيت عليها نظرية العقد . وهي قاعدة تفترض تفاوضاً مباشراً بين طرفين اثنين . إلا أن ذلك لم يعد يتفق مع التطورات التجارية والاقتصادية وما واكبها من تطور في عالم الاتصالات . إننا نشهد عقوداً يتعدد أطرافها وعقوداً تكثر المراسلات بشأن إبرامها بحيث يتعذر معرفة الموجب أو القابل . كما أننا نشهد عقوداً تبرم دون إيجاب وقبول . على ضوء ذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل لايزال مبدأ الإيجاب والقبول يحتفظ بتلك الأهمية في مسألة إبرام العقد أم إن هناك آليات أخرى يتم فيها الإبرام؟

الفصل الأول
التطور التاريخي لمبدأ الإيجاب والقبول

القانون الروماني:

إن القانون الروماني لم يتضمن تعريفاً للعقد يمكن له أن يرشدنا على كيفية إبرامه، حيث إن كلمة Contractus قد استعملت دون تحديد ثابت[1]. غير إنه من الممكن معرفة الآلية التي كان العقد يبرم فيها من خلال دراسة العقود التي كانت معروفة في القانون الروماني. إن أول عقدين كانا معروفين لدى الرومان هما النيكسوم Nixum (عقد القرض) والمانيسيباشن Mancipation (عقد البيع بالقبض باليد)، وكلاهما عقدان شكليان حيث كان يتم إبرامهما عبر إجراءات شكلية هي وزن كمية من النحاس كثمن وقبض باليد وحضور خمسة شهود والتلفظ بكلمات محددة. إن هناك من يرى أن عقد المانسيباشن لا يشكل عقداً للبيع بل هو أقرب إلى المبادلة لإن عملية نقل الشيء المبيع ووزن النحاس كان جزءاً من عملية البيع وملكية الشيء المبيع لا تنتقل إلا عندما يتم وزن النحاس فقط كما وأن النحاس لم يكن يعطى إلا عند إعطاء الشيء المبيع وعندما يتم كل من هذين العملين فإنه لا يترتب أي التزام على الطرفين وهذا خلاف عقد البيع الذي يعني نقل ملكية شيء مقابل مبلغ نقدي حيث أنه بمجرد أن يتم الاتفاق يترتب الإلتزام على كل طرف - تسليم المبيع ودفع الثمن، إلا أنه في مرحلة لاحقة أصبحت عملية وزن النحاس تتم بشكل رمزي حيث عندئذ كان يمكن نقل ملكية المبيع دون استلام الثمن مما ينشأ عنه ترتب التزام على أحد

(١) W. Lee. The Elements of Roman law. 4th. Ed. 1956. Sweet and Maxwell, London. P. 285.

طرفي العقد[1] .

إن النقلة النوعية في القانون الروماني في مجال العقود جاءت عندما ظهر عقد السيتيبولاشن Stipulation (التعهد) وهو عقد يبرم شفاهة عبر سؤال وجواب ولا يتطلب أي شكلية ما أو شهود أو كتابة ، حيث كان المتعهد له يوجه إلى الطرف الآخر سؤالاً : هل تستطيع أن تعد بدفع مبلغ ١٠٠٠ سيسترلي أو : هل تستطيع أن تعد ببناء منزل لي فإذا أجاب الطرف الآخر " نعم " يتم العقد . لقد أصبحت هذه الآلية في إبرام العقد تستخدم لكثير من أنواع العقود ، إلا أن عقد التعهد بقي عقداً شكلياً لأن تبادل السؤال والجواب وبحد ذاته هو الذي كان ينشئ العقد وبغض النظر عن نية الطرفين ، وقد كانت الألفاظ المستعملة في صيغة السؤال والجواب ألفاظا محددة ثم لاحقاً كان يمكن التلفظ بأي كلمات واستمر ذلك إلى سنة ٤٧٢م حيث أصدر الإمبراطور ليو قانونا ينص على أن التعبير عن الإرادة يمكن اعتباره كافياً لإنشاء العقد[2] . إن من عيوب السيتيبولاشن إنه كان يرتب التزاما على طرف واحد فقط هو الذي يوجه إليه السؤال إذا أجاب إيجابا ولكن كان يمكن أيضا بتبادل السؤال والجواب بين الطرفين أن يترتب التزام على كل منهما ، كما إن هذا النوع كان يتطلب تواجد الطرفين شخصياً لإبرامه[3] .

---

(١) H. F. Jolowicz. Histroical Introduction to the Study of Roman Law 1939. Cambridge Univ. Press, p.p 165-167.

(٢) انظر لي . مصدر سابق . ص٢٩٧ .

(٣) P. Stien. Legal Institution. The development of dispute settlement. Butttesworths, London. 1984. p.p 185-186.

إن تبادل السؤال والجواب من قبل الطرفين قد يبدو أنه مشابه لتبادل الإيجاب والقبول، إلا أن صيغة السؤال لا يمكن أن تكون إيجابا لأن من الشروط الأساسية للإيجاب أن يعبر عن إرادة جازمة وباتة للموجب برغبته بالتعاقد على شروط محددة وهذا ما يتنافى كلياً مع صيغة السؤال.

باستعراضنا لجميع أنواع العقود التي كانت معروفة في القانون الروماني سواء أكانت عقوداً عينية أو عقوداً لفظية أو عقوداً كتابية أو رضائية[1]، فإننا لم نعثر على مبدأ الإيجاب والقبول كآلية استخدمت لإبرام هذه العقود الأمر الذي يدعونا إلى القول أن فكرة الإيجاب والقبول لم تكن معروفة في القانون الروماني.

الفقه الإسلامي:

إن وسيلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي تختلف اختلافاً كلياً عما كان عليه الأمر في القانون الروماني. فالفقه الإسلامي لا يعرف عقوداً شكلية كما أن صيغة السؤال والجواب تخالف تماما الآلية التي أقرها الفقه الإسلامي.

إن الذي يدرس العقود في الفقه الإسلامي يرى أن فكرة الإيجاب والقبول هي فكرة متأصلة في هذا الفقه، فتعريف العقد في الفقه الإسلامي هو ارتباط إيجاب بقبول[2]. وسواء أكان العقد هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه

---

(١) لمزيد من التفصيلات راجع: لي. مرجع سابق ص ٢٩١-٣٤٤ وكذلك جولوويكس- مرجع سابق ص ٢٩٢-٣٢٠.

(٢) "العقد هو ارتباط ايجاب وقبول" حاشية ابن عابدين ج٢، ص٢٦١. "العقود ما توقف على ايجاب وقبول" الدسوقي على الشرح الكبير ج٣، ص٥-٦. "العقد هو الإيجاب والقبول" ابن رشد- بداية المجتهد ج٢، ص ١٨٥ ". البيع ليس إلا الإيجاب والقبول" ابن الهمام فتح القدير ٥/ ٧٤. هذا فيما يتعلق في الفقة الحنفي، أما بقية المذاهب فتؤكد إن ركن العقد لا يقتصر على الإيجاب والقبول فهناك أيضاً العاقدان والمعقود عليه. أنظر في الفقة المالكي الدردير، الشرح الكبير: ٣/ ٢ والشهاب القرافي. الفروق ج٢ الفرق٧٠. =

يثبت أثره في المحل أو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو غيره[1]، فإن هذا التعلق أو الارتباط إنما يتم بين طرفين عبر آلية الإيجاب الصادر من أحدهما والقبول الذي يأتي رداً على هذا الإيجاب من الطرف الآخر . إن الإيجاب والقبول هما ركن العقد كما يرى الأحناف ولهذا جاءت المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية ونصت على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول وكذلك المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران حيث عرفت العقد بأنه ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر .

إن من الجدير بالملاحظة هو أن مجلة الأحكام قد أخذت بفكرة التسلسل الزمني لصدور اللفظين عن الطرفين لتحديد من منهما يشكل الإيجاب ومن منهما يشكل القبول حيث إن اللفظ الذي يصدر أولاً هو الإيجاب واللفظ الذي يصدر ثانيا هو القبول[2] وذلك بغض النظر عن الطرف الذي صدر عنه ذلك سواء هو المالك أو المتملك .

إقرار الفقه الإسلامي للإيجاب والقبول:

إن النية تشكل عنصراً أساسيا في إبرام العقد وإن المدى الذي قد يأخذ به النظام القانوني للنية توسيعاً أو تضييقاً إنما يرجع إلى اعتبارات الثقة ومتطلبات استقرار التعامل بين الناس . لا يوجد نظام قانوني يأخذ بالنية ، كأحد العناصر في عمليةإبرام

= وكذلك أنظر في الفقة الحنبلي البهوتي كشاف القناع ٣/ ١٤٦ وكذلك في الفقه الشافعي . الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ٢/ ٣ .

(١) محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامي ص٥-٦ .

(٢) م (١٠١) و (١٠٢) من مجلة الأحكام .

العقد، ولا يتطلب أن تبرز تلك النية أو يتم إظهارها إلى حيز الوجود[1] . فلا يوجد ما يدعو أي نظام قانوني للجوء إلى التخمين والتوقع للوصول إلى افتراض وجود نية لم يتم التعبير عنها صراحة أو ضمناً .

إن الفقه الإسلامي بتعريفه للعقد على أنه ارتباط إيجاب بقبول إنما اخذ بالنزعة الموضوعية في إبرام العقد، فالإرادة الظاهرة عبر الألفاظ المستعملة في صيغة الإيجاب والقبول هي العامل الأساسي في تكوين العقد وهي تعتبر دليلاً على الإرادة الحقيقية، ولذا فهي المعتبرة في مسألة الإبرام وفي تحديد مدى الالتزامات الناشئة عن العقد[2] . أما الإرادة الباطنة أو النية فلا اعتبار لها في تكوين العقد إلا إذا صدر ما يدل عليها .

لقد رأى الفقهاء المسلمون أن خير طريقة يتم بها التعبير عن الإرادة هو الإيجاب والقبول وأن خير وسيلة لإبراز الإيجاب والقبول إنما يتم باللفظ ولهذا فقد كان تركيز الفقه الإسلامي على الألفاظ المستعملة في الإيجاب والقبول وصيغها اللفظية والقواعدية مما دفع البعض إلى الظن أن الفقه الإسلامي يأخذ بشكلية لفظية في إبرام العقد[3] .

(١) Chestin, Traite de droit civil. 11 (Les obligations- Le Contrat: Formation) (2nd. Ed. Paris 1988) no. 278.

(٢) مصطفى الزرقاء . المدخل الفقهي العام . دمشق ١٩٦٥، ج١ ص٣٥٣-٣٥٤ . هذا وقد جاء في الروض النضير للسياغي من الفقة الزيدي " لما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على فعل قلبي وهو طيبة النفس ورضى القلب وكان ذلك أمراً خفياً أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامة وناط مقام الحكم الخفية في تعليق الأحكام بها " .

(٣) نفس المرجع ص ٣٣٥-٣٣٩ . رداً على رأي شفيق شحادة . إنظر الهامش . هذا ونضيف أن بعض الفقهاء يشترطون أن يتم الإيجاب والقبول قولاً لا كتابة، إلا أن أساس العقد هو الآية الكريمة " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وهذه الآية تلزم المسلمين بتنفيذ عقودهم وليس هناك أي قيد على ذلك طالما توفر الرضى " عن تراضى منكم " . أما الإيجاب =

إن اهتمام الفقه الإسلامي باللفظ كوسيلة للتعبير عن الإرادة له ما يبرره من اعتبارات عملية وواقعية ففي مجتمع تغلب فيه الأمية لا يمكن إن تعطي الكتابة مركزاً أعلى من اللفظ ، إن معظم النظم القانونية الحديثة تتطلب أن يتم إبرام العقد كتابة ، وهذا أيضا يرجع في حقيقته إلى اعتبارات عملية فالعقد المكتوب اقل عرضة لإساءة التفسير من طرفيه أو للخطأ في تفسيره من القضاء مما عليه الأمر في العقود التي تبرم شفاهة أو في عقود المعا طاه فالكتابة تسهل للمحكمة مهمتها في تقرير وجود العقد وفي تقرير شروطه من خلال تفسير الوثيقة دون الذهاب إلى وقائع وحقائق التصرف القانوني وتفصيلاته . إن هذا التطور في النظم القانونية كان مرافقاً للتطور في التجارة ووسائلها وانتشار التعليم وتزايد قدرة الأفراد على القراءة والكتابة . لهذا فإنه حيث لا تكون الكتابة هي السائدة في مجتمع ما ، وحيث لا تكون العلاقات التجارية قد وصلت إلى مستوى عال من الازدهار فإنه لا يمكن إعطاء الكتابة تلك الأهمية كاللفظ في إبرام العقد . وعلى ذلك جرى الاهتمام باللفظ والصيغة في الفقه الإسلامي إن ما يهمنا هو التأكيد على أن آلية الإيجاب والقبول هي من وضع الفقه الإسلامي وهي قديمة قدم هذا الفقه نفسه

القانون الفرنسي:

إن دراسة تطور الفقه الفرنسي تظهر أن مبدأ الإيجاب والقبول قد ظهر في فرنسا في القرنين السابع عشر والثامن عشر مع تطور نظرية الالتزام نفسها . إن نظرية

= والقبول فلا نص فيه وإنما هو العقد نفسه إذ الغالب فيه أن يكون بالصيغة اللفظية قولاً أو كتابة والإشارة تقوم مقام العبارة عند الحاجة . . . والفعل أبلغ من القول في حصول المقصد فكل قول أو فعل يعده الناس عقداً فهو عد. أنظر محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ٦/ ١٢٠ ، ١٢٤ .

الالتزام كما هو معروف قد أخذت بالرضى كأساس للالتزام وبالتالي كان عليها أن تُقر عُقوداً خارج إطار العقود المسماة وهذا ما أوجب وَضع آلية محددة لإبرام مثل هذه العقود الجديدة . لقد كان لا بد لهذه الآلية أيضا إن تؤسس على مبدأ الرضى نفسه حيث إن الرضى المتبادل بين الطرفين هو الوسيلة التي يتم بها إبرام العقد . فالطرف الذي يرغب بإجراء عقد ما كان لا بد له إن يبدي رغبته بذلك للطرف الآخر وهذا بدوره أما أن يستجيب لرغبة الطرف الأول بالموافقة أو بعدمها . إن الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier هو الذي وضع أساس مبدأ الإيجاب والقبول في كتابه (Traite des obligation) والذي تم طباعته في النصف الثاني من القرن الثامن عشر (١٧٦١-١٧٦٤)[(١)] .

إن القانون المدني الفرنسي لم ينص على مبدأ الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد كما وأنه لا يتضمن أي قاعدة بهذا الخصوص ، إنما ركز هذا القانون على مبدأ الرضائية ولهذا فإن تعريف العقد كما ورد في المادة (١١٠١)[(٢)] على أنه هو اتفاق بموجبه يتعهد شخص أو اكثر تجاه شخص أو اكثر بإعطاء شيء أو القيام أو عدم القيام بعمل . وهذا التعريف يختلف اختلافاً كبيراً عن تعريف العقد في الفقه الإسلامي . ولمعرفة فيما إذا كان هناك اتفاقاً قد تم التوصل إليه بين الأطراف فإن المحكمة تقوم بفحص جميع الظروف للتأكد فيما إذا كان هناك إيجابا قد صدر عن أحد الطرفين وقبولاً لهذا الإيجاب صدر عن الطرف الآخر ، وعادة ما يتم تحليل كل من الإيجاب

---

(١) B. Nicholas. The French Law of Contract. 2nd.ed. Clarendon Press. Oxford 1992 P. 62.

(٢) Art. 1101 "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou Plasieurs autres, a donner, a` fair ou a` ne pas faire queleque chose".

والقبول بشكل منفصل[1]. فالقضاء الفرنسي يشارك الأنظمة القانونية الأخرى بتحليلها عملية إبرام الاتفاق على أساس إيجاب وقبول.[2]

وسائل التعبير عن الإرادة في القانون الفرنسي:

لم ينص القانون الفرنسي على وسائل معينة لإعلان الإرادة (declaration de volonte) ولهذا فإن تصنيف هذه الوسائل هو تصنيف فقهي. إن من الممكن لأي وسيلة إن تستخدم لإبرام العقد، وهكذا فإن العقد يمكن إبرامه بواسطة الكتابة أو اللفظ أو الإشارة أو الايماءة[3].

إن العقد وبشكل أساسي يتطلب التقاء أو تزامن التعبير عن إرادتين عبر التصريح بالإيجاب من جهة والقبول لهذا الإيجاب من جهة أخرى[4]. بشكل عام فإن إعلان القبول قد يتم كتابة أو شفاهة أو إشارة كما وقد يكون صريحاً أو ضمنياً[5].

إن الإعلان عن الإرادة يكون صريحاً عندما تكون الوسيلة وبحد ذاتها تدل على النية الداخلية للشخص بينما يكون ضمنياً عندما يكون تصرف الشخص المعني وعلى ضوء الظروف المحيطة أو المرافقة لهذا التصرف تدل على نية التعاقد[6]. وكما يقول الفقيه كاربونيه Carbonier إن التعبير الصريح عن الإرادة يحتوي على نيتين للشخص معاً الأولى هي نية الدخول في عقد والثانية هي نية إبلاغ هذا الأمر للطرف

(١) Amos and Walton`s Introduction to French Law. 3ird.ed. 1967. Clarendon Press. Oxford, P. 154.

(٢) نيكولاس. مرجع سابق. ص٦١.

(٣) R. David. Introduction au droit civil Francais (1960) 11. P. 157.

(٤) C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil Francais. IV. 6th.ed, no 343. p.p 303-304.

(٥) نفس المرجع.

(٦) H. L et J. Mazeaud, Lecons de droit civil 8th. ed. 1991 (by chabas) No 131. P. 119.

الثاني بينما التعبير الضمني لا يحتوي على نية الطرف بإعلام الطرف الآخر حيث تستخلص هذه النية من الظروف المحيطة[1] .

هل مبدأ الإيجاب والقبول تسرب إلى القانون الفرنسي من الفقه الإسلامي؟

كما رأينا فإن الإيجاب والقبول لم يكن معروفاً في القانون الروماني الذي هو المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، بالإضافة إلى أن الإيجاب والقبول لم يظهر في الفقه الفرنسي إلا متأخراً وعلى يد بوتيه، إن هذا الأمر يدعونا إلى التساؤل: هل من الممكن إن يكون المبدأ قد تسرب إلى الفقه الفرنسي من الفقه الإسلامي؟ .

لقد أشار شاخت Schacht إلى مقال للمفكر المغربي علال الفاسي أكد فيه هذا الأخير أنه وعلى الرغم من أن الفقهاء الفرنسيين لم يشيروا إلى الفقه الإسلامي كأحد المصادر التي اعتمد عليها القانون الفرنسي، إلا أن المذهب المالكي كان مصدراً أساسيا لهذا القانون. لقد سيطر المسلمون على أسبانيا وجنوب فرنسا في القرن الثامن حيث تسربت أحكام الفقه الإسلامي إلى أوروبا وحتى بعد هزيمة المسلمين في معركة بواتيه (بلاط الشهداء) فإن أوروبا بقيت تحت التأثير الإسلامي حتى نهاية القرن الخامس عشر، ولهذا فإنه لا يمكن إنكار التأثر الأوروبي بالفقه الإسلامي وخاصة أنه لم يكن هناك قانونا مدوناً في أوروبا. لقد أكدّ الفاسي أن دراسة قانون نابليون تنبئ أن هناك تطابقاً بين أحكامه وبين أحكام الفقه المالكي بمقدار تسعين بالمائة. ومع أن شاخت يُنكر هذا الكلام[2]، إلا أننا نميل إلى الجزم بأن الفقه الفرنسي على الأقل قد أخذ مبدأ الإيجاب والقبول عن الفقه الإسلامي ومما يعزز هذا الرأي أن القانون الفرنسي قد

---

(١) J. Carbonier. Driot Civil, 4 Les obligation. 14th. ed. 1990, Paris. No 34. P.80.

(٢) L. Schacht. Problems of Modern Islamic legislation. In " Islamic Law and legal Theory" ed. E. Edge. Dartmouth (1996). P 515, at 543-44

أخذ بأحكام المذهب المالكي بشأن الإيجاب والقبول في عقد الهبة[1] إذا اشترط أن يصدر الإيجاب عن المملك وأن يصدر القبول عن المتملك .

النظام الأنجلوسكسوني:

يؤكد معظم الفقه الإنجليزي أن مبدأ الإيجاب والقبول قد أخذ به القانون الإنجليزي في القرن التاسع عشر بتأثير الفقيه الفرنسي بوتيه والذي تم ترجمة مؤلفه السابق الإشارة إليه إلى الإنجليزية ونشره عام ١٨٠٦ ، وكان هذا الكتاب كما يقول أستاذنا فرمستون Furmston يعتبر حجة في المرتبة الثانية بعد قرارات المحاكم[2] . هذا وقد أخذ القضاء الإنجليزي بتحليل إبرام العقد على أساس مبدأ الإيجاب والقبول منذ عام ١٨١٨[3] على هذا الأساس فإن مبدأ الإيجاب والقبول يعتبر مبدأ دخيلاً على القانون الإنجليزي وبالتالي فإننا لا نجد له جذوراً تاريخية في تطور نظرية العقد في إنجلترا ، وهذا يؤكد أن الفقه الغربي بنظاميه اللاتيني والأنجلوسكسوني لم يكن يعرف الإيجاب والقبول إلا بعد مضي عدة قرون على نشأة المبدأ في الفقه الإسلامي .

وسائل التعبير عن الإرادة في النظام الأنجلوسكسوني:

إن مدونة العقد الثانية في الولايات المتحدة قد عرفت العقد بأنه تعهد Promise أو مجموعة من التعهدات والتي يرتب القانون على عدم الوفاء بها مطالبة أو تنفيذ

---

(١) المادة (٨٩٤) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) Cheshire, Fiffot and Furmston`s Law of Contract. 11th. ed. (1986) Butterworth. P. 17.

(٣) Adams v. Lindsell (1818) I B and Ald. 681.

يعترف به القانون كواجب[1] . وكذلك نص القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة على إن العقد هو مجموع الالتزامات القانونية الناتجة عن اتفاق الطرفين كما يقرها القانون[2] . وليس بعيداً عن هذه التعريفات التعريف الذي يقدمه الفقه الإنجليزي فالعقد هو الاتفاق الذي ينشأ عنه التزامات يمكن تنفيذها أو الاعتراف بها قانونا[3] . فالعقد حسب هذه التعريفات أما إن يعرف على أساس أنه تعهد Promise يقطعه كل طرف على نفسه أو على أساس أنه اتفاق Agreement وفي كلتا الحالتين فلا بد للعقد من آلية لإبرامه وهذه الآلية التي يأخذ بها الفقه الأنجلوسكسوني هي الإيجاب والقبول. أما بالنسبة للإيجاب فإنه يعرف على أنه التعبير عن الرغبة في التعاقد على شروط محددة كما وأن القبول أيضا يعرف بأنه التعبير عن الرضى والموافقة غير المشروطة على شروط الإيجاب[4] . كما ويتم أحيانا تعريف الإيجاب على أنه التعهد المعطى والمشروط على استلام شيء كمقابل[5] . أما بالنسبة إلى وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الأنجلوسكسوني فقد تكفلت المادة (١٨١٩)[6] من مدونة العقد الأمريكية الثانية بالنص عليها حيث نصت هذه المادة على أن إظهار الرضى والموافقة

---

(١) Restatement Second, S.l. a contract is " a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty".

(٢) U.C.C. S.l. 201 (11). " Contract" means Total legal obligation results from the parties a greement as affected by the act and any other applicable rules of law".

(٣) G. H. Treitel, The Law of Contract. 8th.ed. (1991) Sweet and Maxwell. Londodn, p.1,

(٤) ترايتل، مرجع سابق، ص٨و ١٦ . ايضا فرمستون- مرجع سابق، ص٢٤ .

(٥) J. Collins and Others. Business law. Text and Cases. John Wiley and Sons 1986 p. 169.

(٦) "The manifestation of assent may be made wholly or partly by a written or spoken words or by other acts or by failure to act."

ربما يتم كلياً أو جزئياً بالكلام المكتوب أو الكلام المتلفظ به أو بواسطة أفعال أخرى أو بواسطة عدم التصرف أو عدم القيام بفعل .

إن معظم الفقه الأنجلوسكسوني يتكلم عن التعبير عن الإرادة الصريح والتعبير عنها ضمنياً، فالصريح هو ما يتم باللفظ والضمني هو ما يتم بالفعل أو عدم الفعل[1].

وكذلك فإن معظم الفقه يتحدث عن العقود الصريحة والعقود الضمنية، فالعقود الصريحة هي ما يتم الاتفاق على شروطها صراحة سواء شفاهة أو كتابة بينما العقد الضمني هو العقد الذي تستخلص شروطه من الظروف المحيطة بعملية التعاقد[2].

إن الفقه الأنجلوسكسوني بشكل عام لم يهتم كثيراً بوسائل التعبير عن الإرادة، وقد يرجع هذا إلى مفهوم العقد نفسه، حيث لا تلعب النية دوراً في إبرام العقد كتلك التي أعطاها لها النظام اللاتيني. فالنظام الأنجلوسكسوني يأخذ بالمعيار الموضوعي في إبرام العقد، فالاتفاق ليس حالة ذهنية ولكنه تصرف يستخلص من أعمال الطرفين. إنه لا يتم النظر إلى نية الطرفين بل ينظر إلى ما تلفظا به أو دوناه أو عملاه، فالأمر المهم هو المظهر الخارجي للاتفاق، وكما يقول القاضي[3] الإنجليزي بريان بهذا الشأن " إن نية الشخص لا يمكن محاولة اكتشافها حيث أن الشيطان نفسه لا يعرف نية الشخص" . وهذا ما يجعل الفقه الأنجلوسكسوني قريباً إلى الفقه الإسلامي الذي لا يحفل أيضا بالنية .

---

(١) جون كولنز وآخرون، مرجع سابق، ص١٧٠ .

(٢) J. Adamson. Basic Law and The legal Environment of Business, Irwin. 1995. P. 101.

(٣) " The intent of a man can not be tried, for the Devil himself knows not the intent of a man" Anon (1477) Y. B 17ed W4. Fol p.12.

القانون الألماني:

إن القانون المدني الألماني BGB لايحتوي على تعريف للعقد ولكن مفهوم العقد كاتفاق يمكن استنتاجه من خلال النصوص الخاصة بالعقد وكذلك من المادة (٣٠٥) والخاصة بالتصرف القانوني[1]. كما وإن هذا القانون لم يتناول مسألة إبرام العقد بشكل تفصيلي لأنه يعتبر العقد نوعاً من أنواع التصرف القانوني Rechtsgeschaft، والتصرف القانوني له مفهوم واسع بحيث إنه يشمل جميع أنواع الإعلان عن الإرادة التي يقصد بها إحداث علاقات قانونية. إن القانون الألماني ومن خلال بعض النصوص يعبر ضمناً على أن العقد يتم إبرامه من خلال اتفاق متبادل بين الطرفين[2].

لقد استخدم القانون الألماني تعبير إعلان الإرادة Willenserklarungen بخصوص إبرام العقد، ولإعلان الإرادة جانبان: جانب داخلي وهو الإرادة نفسها وجانب موضوعي وهو التعبير المادي عن هذه الإرادة، وهذا الجانب الموضوعي يتم بكلمات أو إشارات أو بتصرفات ذات مدلول معين[3]. وفي الوصول إلى كنه وحقيقة إعلان الإرادة وعلى الرغم من إن المادة (١٣٣) من القانون المدني إشارت إلى وجوب البحث عن القصد الحقيقي وليس اللجوء إلى المعنى اللفظي للكلمات

---

(١) وهي المواد (١١٦) و(١١٨) و(١٥١) و(١٥٥) أما المادة (٣٠٥) فهي تنص على ما يلي:
" zur Begrundung eines Schuldverhaltnisses durch Rechtsgeschaft sowie zur Anderung des Inhalts eines Schuldverhaltnisses ist ein vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt".
"يلزم وجود عقد بين الطرفين في التصرف القانوني الذي ينشىء التزاماً أو يلغيه، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(٢) المواد (١٥٤) و(١٥٥).

(٣) N. Horn and H. Kotz and H. Leser, German Private and Commerical Law: An Introduction. Clarendon press. Oxford 1982 p. 75.

المستعملة، إلا إن هذه المادة فسرت تفسيراً مخالفاً حيث يجب أن ينظر إلى التعابير والألفاظ المستعملة نظرة موضوعية وكما يمكن للطرف المتلقي لها إن يفهمها فالمعنى الذي يمكن استخلاصه موضوعياً هو المعنى الذي يحدد كنه إعلان الإرادة. لقد اقر هذا التفسير من اجل إعطاء حماية أكبر للطرف الذي يقوم فعلاً بالاعتماد على أو الثقة بإعلان الإرادة وكذلك لحماية استقرار التعامل التجاري. إن محتوى التعبير عن الإرادة هو ما يمكن لمن تلقى هذا التعبير فهمه منه[1]. مثل هذا التفسير الموضوعي هو ما تؤيده المادة (١٥٧) من القانون المدني حيث أنها أشارت إلى أنه عند تفسير العقد فإن معيار التعامل النزيه وما يجري العمل به يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار وهذه أمور موضوعية ليس لها أدنى علاقة بالنية.

---

(١) BGHZ 36, 30, 33; RGZ 131, 343, 350.

الفصل الثاني

الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث في الإيجاب والقبول

إن ما نقصده بالاتجاه التقليدي في مسألة الإيجاب والقبول هو أمران : -

الأول : هو أن العقد يبرم نتيجة لإيجاب صادر من طرف وقبول صادر من طرف أخر ، والثاني : هو أن التعبير الصادر أولاً عن أحد الطرفين هو الإيجاب بينما التعبير الصادر تالياً على ذلك هو القبول .

إن جميع النظم القانونية المعاصرة تقوم بتحليل عملية إبرام العقد على أساس إيجاب صادر عن طرف وقبول صادر عن طرف آخر ، والإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد مبدأ متأصل في النظم القانونية . هذا المبدأ قد يتناسب مع العقود البسيطة ثنائية الطرفين عندما يكون بالإمكان استخلاص الإيجاب والقبول من خلال الألفاظ المستعملة من كل طرف حين إبرام العقد ، كما وأن هذه النظم تؤسس المبدأ على أساس حقيقة الألفاظ المستعملة من طرفي العقد وصدورها بترتيب زمني متسلسل حيث أن التعبير الصادر أولاً يعتبر هو الإيجاب بينما التعبير الثاني والذي يصدر رداً على الإيجاب يعتبر قبولاً . على الرغم من هذا الفهم المشترك لكل من الإيجاب والقبول ، إلا أن أساس المبدأ يختلف من نظام لآخر . ففي النظام اللاتيني ينظر إلى العقد على إنه تطابق إرادتي الطرفين فالتعبير الذي يعكس إرادة الطرفين في التعاقد سواء أكان صريحاً أم ضمنياً هو الذي يشكل الإيجاب والقبول حيث إن الإيجاب هو مبادهة إرادية اختيارية لفرد يعبر به عن رغبته في التعاقد ، لهذا فإن الإيجاب له جذور نفسية لدى من يصدر عنه ، بينما يؤسس مبدأ الإيجاب والقبول في النظام الأنجلوسكسوني على أساس عملي وواقعي- ذرائعي ، فرغم أن الأصل في التعبير

الصادر عن الطرفين أنه يعبر عن نية في التعاقد إلا أن هذا يفسر بشكل موضوعي فلا ينظر إلى حقيقة نفسية أو نية كل طرف بل إلى المظهر الخارجي الذي يأخذه التعبير عنها. من جهة أخرى فإن الفقه الإسلامي وكما رأينا يعير انتباها كبيراً للإيجاب والقبول وهما المظهران الخارجيان للإرادة.

إن هذا الاتجاه التقليدي في إقراره لمبدأ الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد إنما يقوم على مجموعة من الافتراضات من أهمها: -

١- إن العقد يتم بين طرفين اثنين فقط.

٢- أن عملية إبرام العقد تتم من قبل الطرفين شخصياً.

٣- أن الألفاظ المستعملة في إبرام العقد يمكن وبشكل منفصل اختصارها إلى اقتراحين محددين صادر كل منهما عن طرف وفي وقت محدد.

٤- أن هذين الاقتراحين قد صدرا بصورة متلاحقة حيث بهما يتم إبرام العقد.

حين تتعارض هذه الافتراضات مع بعض حقائق ووقائع عملية إبرام العقد فإن مبدأ الإيجاب والقبول أما أن يتم توسعته خارج حدوده مثلاً بالافتراض ضمناً بوجوده وتفسير الوقائع على أساس إنها تشكل إيجابا أو قبولاً ضمنياً أو أن يتم تجاهله كاملاً وعدم الإشارة إليه. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد حدث تطور كبير على التجارة الدولية والداخلية مما نتج عنه نشوء بعض العقود الجديدة. إن مثل هذه العقود إنما تعكس شبكة معقدة من العلاقات الاقتصادية والقانونية فهناك مثلاً عقود تمويل المشروعات الكبرى وهناك عقود نقل التكنولوجيا وتسليم المفتاح وهذه عقود تختلف بالتأكيد عن العقود البسيطة ثنائية الطرفين، ولهذا فإن مبدأ الإيجاب والقبول لا يمكن تطبيقه على عملية إبرام هذه العقود وبالشكل الذي يمكن تطبيقه على العقود

البسيطة إلا إذا قمنا بالتطويع أو التكييف القسري لعملية الإبرام لتتناسب مع المبدأ. إن من الأصح القول أن مثل هذه العقود لا يتم إبرامها من خلال آلية الإيجاب والقبول. وإذا ما كانت مثل هذه العقود تعتبر استثناء على الأصل حالياً فإن تطور العلاقات التجارية والاقتصادية وثورة الاتصالات وتطور العلاقات الإنسانية نفسها بدأ يفرز مزيداً من العقود التي لا تخضع للإيجاب والقبول في عملية إبرامها. من جهة أخرى فإن فكرة التسلسل الزمني لصدور الإيجاب والقبول هي أيضا لم تسلم من النقد حيث إنها في كثير من الأحيان لا تتلاءم مع الواقع العملي وحقيقة إبرام العقد.

الاتجاه التقليدي وانتقاده في فرنسا:

إن تناول الفقه الفرنسي لمسألة الإيجاب والقبول قد اصطبغ بالتركيز على الإرادة والاختيار أو رضى الطرفين (التراضي). إن القانون المدني الفرنسي بدوره لم يقدم تعريفاً للرضى كما أنه لم يتناول كيفية التعبير عنه أو كيفية التعبير عن إعلان الإرادة بشكل عام. بما أن الاتفاق هو تلاقي إرادتي الطرفين فإن من الضروري تحديد الألفاظ المستعملة في هذا المجال لكي يمكن القول أن هناك اتفاقاً ما.

الاتجاه التقليدي:

يرى هذا الاتجاه أن التعبير عن إرادتي الطرفين يجب أن يتم النظر إليه بصورة منفصلة وأن تتابعهما الزمني هو الذي يحدد من منهما الإيجاب Offre ومن منهما القبول acceptation [1]. لقد أشار كاربونيه إلى ثنائية التعبير عن الإرادة وصعوبة اكتشافها في مرحلة ما قبل إبرام العقد ولكن بمجرد الوصول إلى إبرام العقد فإن العقد

(1) Aubert, Notions et roles de L offre et de L acceptation dans la formation du contrat. Thesis, paris, 1970 No. 11. P. 4.

هو إيجاب لاقى قبولاً . إن الطرف الموجب هو الذي يقوم بالمبادهة في عملية التعاقد بينما الطرف القابل لا يكون له إلا دور سلبي في هذا المجال[1] . مارتي ورينو أيضا[2] بدأ من الافتراض بأن العقد هو تلاقي إرادتي الطرفين ويتم التعبير عنهما بشكل متتالي من الموجب ومن القابل . لقد أضافا أن العقد هو أكثر من تطابق إرادتين مستقلتين لأن من اللازم أن يكون هناك لقاءً بينهما في نقطة معينة وليس انصهاراً لإرادتيهما ، واللتان رغم بقاؤهما إرادتين منفصلتين ، تشكلان إرادة جديدة هي إرادة القيام بعمل مشترك هو موضوع العقد أو محله .

هذا التطابق لإرادتي الطرفين ينتج عن قبول الإيجاب ، وعلى الرغم من بعض الإشكالات في مرحلة المفاوضات إلا أن العنصر الأساسي لتطابق الإراديتين هو الإيجاب المتبوع بقبول[3] . إن الإيجاب والقبول كآلية لإبرام العقد أمر مسلم به في الفقه الفرنسي ولهذا فقدأشار أوبير Aubert إلى أن كل شخص يعلم أن إجراءات التعاقد يمكن تحليلها على أساس إنها تعبيرين عن إرادتين ينتج عن تطابقهما عقد : الإيجاب الذي هو اقتراح محدد وقطعي والقبول الذي يشكل رداً إيجابيا عليه[4] . ومع أن أوبير اقر بأن جميع العقود الرضائية يمكن تحليلها على أساس الإيجاب والقبول إلا أنه أشار إلى بعض الصعوبات بهذا الخصوص[5] .

---

(١) كاربونيه ، مرجع سابق رقم ٣٤ ، ص٨١ .

(٢) Marty and Raynund, Droit Civil- Les Obligations, Les Sources. Tome ler Paris. 2nd. ed. 1988. No 105 p.p 100-101.

(٣) نفس المرجع رقم ١٠٦ ص ١٠١ .

(٤) ابر ، مرجع سابق ، ص١ .

(٥) نفس المرجع ، ص٥٠ .

الاتجاه الحديث:

الاتجاه الحديث يقر بأن تقرير الإيجاب والقبول على أساس حقيقة التتابع الزمني لكل من التعبير عن إرادتي الطرفين ليس دائماً صحيحاً، كما وأنه ليس صحيحاً أيضا أنه يمكن دائما تحليل عملية إبرام العقد على أساس الإيجاب والقبول وخاصة في العقود ذات الإجراءات المعقدة.

نقد التتابع التسلسلي:

لقد لاحظ بوناسيس Bonassies أن الاتجاه التقليدي الذي يقوم بالتمييز بين الإيجاب والقبول على أساس التسلسل الزمني لصدور كل منهما هو أمر تحكمي، فالعقود البسيطة أو تلك العقود المألوفة التي يمكن إبرامها يومياً يمكن تحليل إبرامها على أساس إيجاب وقبول(1). كاربونيه أيضا انتقد الاتجاه التقليدي وأكد أنه ليس من الضروري أن يكون الطرف الذي يقوم بالمبادهة هو الطرف الذي يعبر عن إرادته بالتعاقد أولاً، فالعامل الذي يبحث عن عمل في إحدى الشركات مع أنه هو الذي يقوم بالمبادهة أولاً إلا أن المبادهة الحقيقية تأتي من صاحب الشركة(2)، فالطرف الضعيف اقتصادياً عادة يفتقر إلى القدرة على المبادهة.

تعارض مبدأ الإيجاب والقبول مع مبدأ الرضائية:

لقد أكد بوناسيس أنه وعلى الرغم من أنه في الأوضاع العادية فإن العقد ينشأ عن تتابع الإيجاب والقبول، إلا أن من المؤكد بأن العقد يمكن أن ينشأ بغياب تسلسل كل

(1) Bonassies, Report on French Law, in Formation of Contract. Ed. Schlesinger vol. 2. Oceana pub. 1968, p. 1598.

(2) كاربونيه، مرجع سابق رقم ٣٨، ص٨٨.

منهما[١]. إن مبدأ التسلسل التتابعي للإيجاب والقبول يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون بشكل كامل كما ويتعارض مع بعض القرارات القضائية[٢]. لقد اعتمد بوناسيس في أقواله على مبدأ الرضائية، الذي بموجبه يعتبر العقد مبرماً عندما يتفق الطرفان على شروطه وبغض النظر عن الوسيلة التي يصل بها الطرفان إلى هذا الاتفاق سواء بتسلسل إيجاب وقبول أو بالسير ببطء نحو هذا الاتفاق. إن المثال الذي أعطاه بوناسيس في هذا المجال هو قيام كاتب العدل بكتابة عقد بدلاً من طرفيه، كما أشار إلى بعض القرارات القضائية بهذا الخصوص والتي اعترفت بوجود عقد في حالات الشركة الفعلية وبغياب إيجاب وقبول صادرين عن الشركاء. كما وأشار أيضا إلى أنه في عقود العمل فإن من الممكن أن ينشأ عقد بين العامل ورب العمل إذا ما قام هذا الأخير بدفع مكافأة للعامل بشكل دوري وبشكل اختياري، حيث يصبح ذلك مُلزماً لرب العمل إذا ما كان الدفع قد تم بصورة منتظمة، كما وأشار إلى التجديد الضمني لعقد الإيجار الذي لا يتم بإيجاب وقبول[٣].

التحديد القانوني المسبق للموجب والقابل:

لقد نصت المادة (١١٠٨) من القانون المدني على شروط صحة العقد وأشارت إلى رضى الطرف الذي يقع عليه الالتزام (الملتزم)[٤]. لقد قيل بأن هذا النص يعني أن الإيجاب يجب أن يصدر عن الشخص الملتزم وأن القبول يجب أن يصدر من الطرف

---

(١) بوناسيس، مرجع سابق، ص١٥٩٨.

(٢) نفس المرجع، ص١٥٩٨.

(٣) نفس المرجع، ص١٥٩٨-١٦٠٠.

(٤) Arti 1108 "Quatre conditions sont essentielles pour la validite d`une convention: Le consentement de la partie qui soblige;.......".

الآخر، إلا أن هذا ليس ضرورياً[1]. حيث إن صياغة المادة نفسها لم تكن صياغة موفقة، فرضا الطرفين هو أساس إبرام العقد لا رضى الطرف الملتزم فقط[2]. هذا بالإضافة إلى أنه في العقود الملزمة لجانبين فإن كل طرف يعتبر دائناً ومديناً بنفس الوقت، ملتزم وملتزم له، لهذا فإن الإيجاب قد يأتي من أي منهما.

لقد وردت نصوص خاصة بالهبة[3] والوكالة[4] تبدو اكثر دلالة في اتجاهها إلى تحديد الطرف الموجب والطرف القابل مسبقاً، ففي كل منهما يتوجب أن يأتي القبول من المتبرع له (المتملك) والوكيل، وعلى هذا فإن الطرف المتبرع (المملك) أو الموكل هو الذي يجب أن يصدر الإيجاب منه، أي أن على كل منهما القيام بالمبادهة في التعاقد.

الاتجاه التقليدي في القانون الإنجليزي وانتقاده:

يرى الاتجاه التقليدي بأن الإيجاب والقبول تعبيرين منفصلين ولكنهما متطابقين يصدران بشكل تسلسلي عن الطرفين ويعكسان رغبتهما بالتعاقد وإن المعيار الموضوعي هو الذي يتم تطبيقه بهذا الشأن. في العقود البسيطة يمكن اختصار عملية إبرام العقد إلى إيجاب وقبول سواء تم التعبير بشأنها كلاما أو تم استخلاصه ضمنياً من خلال تصرف الطرفين.

---

(١) مارتي ورينو. مرجع سابق، رقم ١٠٧، ص١٠٢.

(٢) ابرى ورو. مرجع سابق، رقم ٣٤٣ هامش ٦.

(٣) Art. 894 " La donation entre vifs est un acte par lequel la donateur se de` pouille actuellement et irr`evocublement de la chose donnee, en faveur du donative qui L` accepte ".

(٤) Art. 1984 " Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne a` une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par L` acceptation du mandataire".

إن مبدأ الإيجاب والقبول في القانون الإنجليزي قد ساعد في تطوير بعض الأحكام القانونية بخصوص مسألة إبلاغ الإيجاب أو الأحكام الخاصة بالقبول أو مسألة إلغاؤهما أو القوة الملزمة لكل منهما أو تطابقهما وهذه الأحكام بدورها تعتبر مفيدة للقضاء حيث من خلالها يستطيع تقدير الحالة التي يمكن القول فيها أن هناك عقداً تم إبرامه أو غير ذلك[1]. لهذا فإن هناك ما يبدو أنه إجماع في الفقه الإنجليزي على أن تحليل إجراءات إبرام العقد إنما يتم من خلال الإيجاب أو الاقتراح الصادر من طرف والقبول غير المشروط الصادر عن الطرف الآخر.[2] رغم ذلك فإن هناك عقوداً يصعب تحليلها على أساس القبول والإيجاب مما أثار بعض الانتقادات بهذا الخصوص كما أن هناك بعض القرارات القضائية التي تصب في هذا الاتجاه.

الإنتقادات الفقهية والقضائية لمبدأ الإيجاب والقبول:

إن الإيجاب والقبول كآلية وحيدة لإبرام العقد قد تعرض لبعض الشكوك من بعض الفقه الإنجليزي، فهناك من يرى أن من الخطأ الاعتقاد أن جميع العقود يمكن تحليل إبرامها على أساس الإيجاب والقبول على الرغم من أن الاحتفاظ بهذا الاعتقاد يعتبر مفيداً كوسيلة عملية في الحالات التي يكتنفها بعض الشكوك[3]. فرمستون أيضا أكد أن هذين التعبيرين يجب عدم النظر إليهما على أنهما تعويذة سحرية تكشف عن وجود عقد بين الطرفين حيث أن القواعد المستخلصة من مبدأ الإيجاب والقبول هي افتراضات مبنية على التجربة وتطبق فقط إلى الحد الذي يمكن

---

(١) Chitty on Contracts. Vol I. General Principles. 26th. Ed (1989) Sweet and Maxwell, London, p. 78.

(٢) Anson. Law of Contract. 26th.ed (1984) Clarendon press. Oxford. P. 21; Chitty. P. 33; Trietel p. 8; Furmston p. 28.

(٣) انسون، مرجع سابق، ص٢٢.

لها أن تكشف عن وجود عقد[1] . لقد نادى بضرورة عدم تطبيق المبدأ بشكل محدد كما ويجب أن لا يتم التضحية بحقيقة الوقائع لمصلحة التعابير اللغوية[2] . إن من الصعوبة أن يتم تحليل إبرام كثير من العقود على أساس هذا المبدأ[3] . على مستوى القضاء فقد أعلن اللورد ولبر فورس Wilberforce أيضا إن هناك أحكاما تشير إلى أن القضاء الإنجليزي وبسبب التزامه بنظرية فنية ومنظمة للعقد يأخذ اتجاهاً عملياً في التطبيق وعادة ما يتم ذلك على حساب تكييف الوقائع بصعوبة أو تطويعها لتتطابق مع مبدأ الإيجاب والقبول[4] . كما أن ما أعلنه اللورد دينق Denning ليس بعيداً عن ذلك فقد أعلن أنه من الخطأ الاعتقاد أن جميع العقود يمكن تحليل عملية إبرامها على أساس الإيجاب والقبول[5] حيث أن مبدأ الإيجاب والقبول أصبح قديماً[6] ولا يتلاءم مع واقع الحياة المعاصرة .

العقود التي لا تبرم بإيجاب وقبول:

هناك كثير من العقود لا يمكن تحليل إبرامها على أساس إيجاب وقبول إلا إذا قمنا بالتطويع القسري للوقائع لتتطابق مع المبدأ .

---

(١) فرمستون، مرجع سابق، ص٣٥-٣٦ .

(٢) نفس المرجع، ص٢٨ .

(٣) P.S. Atiyah. An Introduction to the Law of Contract 5th.ed. (1995) Clarendon press. Oxford. P. 54.

(٤) Newzealand Shipping Co-ltd v. A.M. Satterthewaite and Co- ltd [1975] A. C. 154, 167.

(٥) Gibson v. Manchester City Council [1978] 2 All E. R. 583, 586.

(٦) Butler Machine Tool Co-Ltd v. Ex-Cell O Corp (England) Ltd. [1979] I All . E. R. 965, 968.

العقود ذات الأطراف المتعددة Multipartite Contracts

هذه العقود تضم اكثر من طرفين اثنين وهي إما أن يتم إبرامها من خلال شخص ثالث مستقل أو يتم ذلك مباشرة بين الأطراف[1].

أولاً: العقود التي تبرم عبر شخص ثالث:

هذه العقود تضم عقد الاشتراك في مسابقة يجريها أحد النوادي وكذلك عقد الشركة.

١- عقد الاشتراك في مسابقة يجريها نادٍ:

في هذا النوع من العقود يوقع طالب الاشتراك نموذجاً يحتوي على الشروط والأحكام التي تنظم علاقة مقدم الطلب مع النادي وكذلك علاقته مع باقي الأعضاء. لقد كانت القضية الأولى التي عرضت على القضاء في هذا الشأن هي قضية ستإنيتا[2] حيث أن شخصان كان يملك كل منهما قارباً أرادا الاشتراك في سباق للقوارب تم تنظيمه بواسطة أحد النوادي، قام كل منهما بالتوقيع على نموذج قبل بدء السباق، ينص على التزامهما بقواعد النادي الخاصة في السباق، بما فيه التزامهما بالتعويض عن أي ضرر يتسبب فيه أي متسابق، إذا ما خالف قواعد النادي. اصطدم أحد القاربين بالقارب الآخر نتيجة لمخالفة قواعد السباق. لقد أكد مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف الذي أكدت المحكمة فيه أن هناك عقداً بين الطرفين مالكي القاربين وأن مالك القارب الذي تم إغراقه يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس تعاقدي، هذا ويُلاحظ أن الطرفين لم يُوقعا على أي عقد بينهما بل إن كل منهما إنما

(١) أنظر ترايتل، مرجع سابق، ص٤٧.

(٢) Clarke v. The Earl of Dunraven and Mount- Earl (The Stanita) [1890] A. C. 59.

قام بالتوقيع على نموذج النادي، كما إنه لم يتم أثناء النظر في الدعوى أي نقاش سواء بين الطرفين أو من المحكمة حول كيفية إبرام العقد الأمر الذي يعني أن مسألة إبرام العقد كانت أمراً مسلماً به. إن هذه القضية قد أشارت إلى أن مثل هذا النوع من العقود لا يحتاج إلى إيجاب وقبول من طرفيه لإبرامه بل يبرم بمجرد توقيع كل طرف على نموذج الطلب الخاص بالانضمام للنادي أو بالاشتراك في السباق.

عقد الشركة :

لقد أشار أنسون[(١)] إلى أن المبدأ الذي تم إقراره في قضية ستإنيتا أعلاه يمكن أيضا تطبيقه على علاقة الشركاء ببعضهم البعض في الشركة حيث أن مذكرة إنشاء الشركة تشكل عقداً ليس فقط بين الشركة كشخص مستقل وبين الشركاء بل بين الشركاء أنفسهم وكذلك بين الشريك وبين المدير أو هيئة مديري الشركة.

لقد أشار انسون إلى أحد القضايا[(٢)] التي عرضت على القضاء الإنجليزي وكانت بخصوص مخالفة أحد أصحاب الحصص في الشركة لأحد مواد مذكرة إنشاء الشركة والتي كانت تنص على أن من يرغب من الشركاء ببيع حصته عليه أولاً إن يعرضها على هيئة المديرين التي لها حق شراء الحصة بالسعر العادل. إلا أن هذا الشخص قام ببيع حصته دون إعلام هيئة المديرين. لقد أشار القاضي إلى بعض النصوص في قانون الشركات وأعلن أن هناك عقداً تم إبرامه بين الشركاء بعضهم البعض وبين كل شريك وهيئة المديرين فيما يتعلق بالحصص التي يملكها الشركاء. في هذه القضية أيضا لم يتم الإشارة إلى الإيجاب والقبول الذي تم به إبرام هذا العقد.

---

(١) آنسون، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢) Rayfield v. Hands [1960] ch. 1; [1958] 2 All. E. R. 194.

ثانيا: العقود التي يتم إبرامها مباشرة بين أطرافها:

عندما يكون العقد ذا طبيعة معقدة ويكون هناك أكثر من طرفين اثنين معني بتوقيع العقد النهائي، فإن المفاوضات عادة ما تكون في مثل هذا الوضع مفاوضات يكتنفها شيء من التعقيد. إن مثل هذه المفاوضات عادة ما تشمل ممثلين عن الأطراف المعنيين يقومون بالتفاوض لفترة زمنية قد تطول إلى أن يصلوا إلى الاتفاق النهائي ومن ثم تدوينه في وثيقة يجري توقيعها. في مثل هذه الأوضاع لا يمكن استنباط إيجاب وقبول صادر عن هؤلاء الأطراف وهذا ما يمكن ملاحظته في العقود الخاصة بالمشاريع الصناعية الكبرى وفي عقود التمويل الضخمة.

عقود المشاريع الصناعية:

في بعض العقود كعقود توريد المعدات والآلات أو بناء أو نقل تكنولوجيا أو عقود التدريب فإن الطرف الذي يرغب بالتزود بهذه الأشياء يجد نفسه مضطراً إلى التعاقد مع اكثر من طرف. في مثل هذه الأوضاع فإن الطرف الثاني قد لا يقوم بتشكيل شخصية قانونية واحدة تقوم هي بإجراءات التعاقد نيابة عن أشخاص هذا الطرف، بل يمكن مثلاً أن يتم التعاقد معهم بشكل فردي وتكون مسؤوليتهم إما مسؤولية مشتركة أو مسؤولية منفردة. مثل هذا النوع من العقود ينتج عن مراسلات مكثفة يتم تبادلها بين جميع الأطراف وهذه المراسلات من الصعب تحليلها كإيجاب وقبول صادرين من قبل الأطراف المتعددين.

عقود التمويل:

هذه العقود عادة لا يتم إبرامها عبر آلية الإيجاب والقبول حيث تعمد الجهة التي ترغب بالاقتراض إلى تخويل أحد البنوك بالقيام بإعداد وثائق القرض بالنيابة عنها

ومن ثم يقوم هذا البنك بإعداد الشروط الخاصة بالقرض بالاتفاق مع هذه الجهة .

يقوم البنك بعد ذلك بإجراء الاتصالات مع الجهات التي من المحتمل إن تقوم بالإقراض حيث يزودهم بالتفصيلات اللازمة وكذلك بجميع الشروط . على هذا الأساس فإن إجراءات عقد التمويل تشمل ثلاثة أطراف حيث تجري بينهم الكثير من الاتصالات والمراسلات وخاصة حينما يطلب أحد الأطراف تعديل شروط القرض، فإذا ما انتهت هذه المراسلات باتفاق عندها يقوم البنك بإعداد الوثائق النهائية ويحدد موعداً للمقرض وللمقترض لتوقيع العقد، في كثير من الأحيان فإن الطرف الممول يكون اكثر من جهة واحدة حيث يقوم كل طرف منها بالتوقيع بصورة مستقلة عن الآخرين الأمر الذي يعني إن الالتزامات والحقوق المترتبة على التوقيع تنصرف إليه وحده .

إن مثل هذا النوع من العقود لا يمكن أن يتم عبر آلية الإيجاب والقبول[1] .

العقود الثنائية الطرفين Bilateral Contracts

هذه العقود تضم طرفين اثنين وهي قد تسبب أشكالا فيما يتعلق بتحديد الإيجاب والقبول في ثلاث حالات هي :

١ - عندما لا تظهر مراسلات التفاوض المتبادلة بين الطرفين إيجابا وقبولاً بشكل واضح .

٢- عندما يبرم العقد بشكل متزامن من قبل الطرفين .

٣- عندما يتم إبرام العقد من خلال طرف ثالث .

---

(١) See P. Wood . Law and Practice of International Finance. (1980), Sweet and Maxwell. Lonon p. 256, 263, 273.

أولاً: المفاوضات بين الطرفين لا تدل على إيجاب وقبول.

إن المفاوضات التي تتم من خلال تبادل سيل كبير من الرسائل والوثائق قد لا يظهر فيها من هو الطرف الذي تقدم بالإيجاب ومن هو الطرف الذي تقدم بالقبول. كما وأيضا فإن هذه المراسلات إذا أخذت وقتاً طويلاً فإنها قد لا تكشف بشكل قطعي عن الوقت الذي تم فيه القبول وكذلك عن الوقت الذي كان فيه هناك إيجابا. إن مثل هذه المراسلات عادة لا يتم فيها التقدم بإيجاب واضح محدد أو قبول محدد. في كثير من الأحيان فإنه لا يمكن القول بأن هناك عقداً ابرم بين الطرفين نتيجة لتبادل هذه المراسلات بحد ذاتها، إنما قيام الطرفين ببعض التصرفات اللاحقة على تبادل هذه المراسلات هو الذي ينبئ بأن هناك عقداً ابرم بينهما.

العقود التي تنشأ نتيجة للتصرفات اللاحقة على مراسلات الطرفين.

إن أول القضايا التي عرضت على القضاء الإنجليزي في هذا الشأن هي قضية[1] إحدى شركات الخطوط الحديدية والتي طلبت تزويدها بكميات من الفحم من شخص اسمه بروغدن. في إحدى مراحل المراسلات بين الطرفين أرسل ممثل الشركة وثيقة إلى بروغدن تحتوي على بعض التعديلات على شروط العقد المقترح وكان هناك مكانا فارغاً في هذه الوثيقة حيث كان على بروغدن أن يقوم بكتابة اسم المحكم الذي يختاره للفصل في أي نزاع قد ينشأ لاحقاً بشأن العقد الأمر الذي تم، إلا أن برغدن أضاف أيضاً بعض الشروط ثم قام بختم الوثيقة بكلمة مصدق (approved) وأعادها إلى ممثل الشركة حيث أرسلها هذا إلى مقر الشركة حيث تم الاحتفاظ بها دون التأكد من الشروط الواردة فيها. قام بروغدن بإرسال كميات من

(١) Brogden v. Metropolitan Railway Co. (1877) A.C .666.

الفحم بصورة متوالية وقامت الشركة من طرفها بدفع الأسعار لهذه الكميات واستمر ذلك لمدة طويلة من الزمن، نشأ نزاع بين الطرفين وعندها ادعى بروغدن بعدم وجود عقد ملزم بينه وبين الشركة. لقد أعلنت المحكمة إن تصرف الطرفين اللاحق على تبادل المراسلات بينهما هو الدليل على وجود عقد ملزم بينهما رغم إن اللورد بلاك بيرن Blackburn أشار إلى التناقض الموجود في هذه المراسلات[1]، إلا أن تصرف الطرفين اللاحق هو الذي اقنع المحكمة بوجود العقد بين الطرفين. إن المحكمة لم تقم هنا بتحليل العقد على أساس إيجاب وقبول بل كان الاعتبار الكبير هو لتصرف الطرفين.

عقود النماذج المتضاربة Standard form contracts

من الوسائل الشائعة في إبرام العقد حالياً وسيلة تبادل النماذج العقدية[2] المطبوعة مسبقاً بين طرفين يرغبان بإجراء عقد حيث يقوم طرف بإرسال نموذجه العقدي إلى الطرف الآخر محتوياً على شروطه التعاقدية مبدياً رغبته بالتعاقد بموجبها ويقوم الطرف الذي يستلم مثل هذا النموذج بإرسال قبوله على شكل نموذج مطبوع يحتوي على الشروط التي يرغب هو بإبرام العقد على أساسها. وقد تستمر المراسلات بين الطرفين حيث يجري بعض التعديلات على الشروط ثم بعد ذلك يقوم الطرفان بتنفيذ العقد، فإذا ما نشأ نزاع بينهما مستقبلاً فإن التساؤل الذي ينشأ هو هل هناك عقداً تم إبرامه بين الطرفين وخاصة عندما يكون هناك تناقضاً في الشروط الواردة في نماذج الطرفين ثم وعلى افتراض أن هناك عقداً بينهما ما هي الشروط التي تحكم العقد؟ قد

(١) p. 696

(٢) ترايتل، مرجع سابق ص١٦-١٧ وكذلك ص١٩.

تكون الإجابة إن العقد تم إبرامه على أساس الشروط الواردة في الوثيقة أو النموذج الأخير في سلسلة تبادل المراسلات بين الطرفين باعتبار إن هذا النموذج يشكل إيجابا مقابلاً وإن سكوت الطرف الذي استلمه وعدم اعتراضه على ما جاء فيه من شروط يعتبر قبولاً ضمنياً، بالإضافة إلى إن قيام هذا الطرف بالسير بتنفيذ العقد يعتبر أيضاً قبولاً بهذا الإيجاب. مثل هذا الحل أخذ به القضاء الإنجليزي في قضية صدر الحكم بها عام ١٩٧٦[١]، إلا إن اللورد دينتق حاول في بعض القضايا الأخرى تطبيق معيار آخر غير معيار الإيجاب والقبول، وكانت القضية الأولى بهذا الشأن بخصوص نزاع على مكان الشحن في عقد شحن[٢] تم تبادل وابل من الرسائل والبرقيات أثناء التفاوض بشأنه. على ضوء الاستمرار المتواصل في تغيير شروط العقد أثناء المفاوضات وخاصة فيما يتعلق بمكان الشحن للبضاعة فقد ثار التساؤل عن الشروط التي تحكم هذا العقد.

لقد أعلن اللورد دينتق عدم اقتناعه ورضاه بآلية الإيجاب والقبول كوسيلة لإبرام مثل هذا النوع من العقود. إن الطريقة الأصوب برأيه هي دراسة جميع المراسلات والوثائق التي يتم تبادلها بين الطرفين لمعرفة فيما إذا كان هناك اتفاقاً تم التوصل إليه بينهما بخصوص شروط التعاقد وعندها يمكن القول فيما إذا كان هناك عقداً بين الطرفين أم لا. لقد طبق اللورد دينتق هذا المعيار في قضية أخرى[٣] حيث أعلن فيها بأن المعيار التقليدي في البحث عن الإيجاب والقبول في عملية إبرام العقد لم يعد

(١) BRS V. Arthur v. Crutch [1976] 2 All . E. R. 785.

(٢) Portsudan Cotton Co v. Govindaswamy chettiar and Sons [1977] 2 Lioyd`s Rep. 5.

(٣) Butler Machine Tool Co. ltd v. Ex-Cell- O Corp. (England) Ltd. [1979] 1 All. E. R.. 965.

يتناسب مع تطورات العقود التجارية[١]. اللورد دبلوك Diplock إيجابا وفي قضية أخرى أعلن بأن هناك عقوداً لا يمكن أن تخضع عملية إبرامها إلى آلية الإيجاب والقبول[٢].

ثانياً: إبرام العقد بشكل متزامن:

في مثل هذا النوع من العقود فإن الطرفين يبديان بصورة متزامنة رغبتهما أو اتجاههما نحو تنفيذ العقد ومن الصعب جداً هنا تحليل ذلك على أساس إيجاب وقبول، ولهذا فقد رؤى استبدال معيار الإيجاب والقبول كآلية لإبرام مثل هذا النوع من العقود بمعيار الدلالات المتزامنة "Simultaneous Messages". لقد تم تطبيق ذلك في اتفاقيات التحكيم والتي ورغم نشوء النزاع بين الطرفين والذي يستوجب منهما القيام فوراً بالسير بتنفيذ عقد التحكيم، إلا أن الطرفين احتفظا بالصمت فترة طويلة جداً بعد نشوء النزاع الأمر الذي يعني إن كل طرف أبدى رغبته للطرف الآخر وبصورة متزامنة بإلغاء عقد التحكيم وعلى هذا الأساس فإنه لا يحق لأي طرف لاحقاً المطالبة باللجوء إلى التحكيم طبقاً للعقد[٣].

ثالثاً: العقود التي تبرم نتيجة لتدخل طرف ثالث:

قد يتفاوض طرفان لإبرام عقد ما، إلا إنهما يصلان إلى طريق مسدود نظراً لاختلافهما على الشروط العقدية. في مثل هذا الوضع، فقد يتدخل شخص ثالث حيث يقوم بالتقدم باقتراح شروط العقد ويقوم الطرفان وبصورة متزامنة بقبول هذا

---

(١) P. 968.

(٢) Gibson v. Manchester Council City [1979] A. C. 1 All . E. R. 972.

(٣) The Multitank Holsatia [1968] 2 Lioyd`s Rep. 486, 491.

الاقتراح[1]. إن من الصعب في مثل هذا الوضع القول بأن هناك إيجابا صدر عن طرف وقبولاً عن الطرف الثاني، كما أن هذا ينطبق إيجابا على العقود التي تبرم بواسطة السماسرة أو الوسطاء.

ألمانيا:

في ألمانيا وكما في فرنسا فإن تحليل إبرام العقد يتم من خلال عنصري الإيجاب والقبول، وإذا كان مفهوم الإيجاب والقبول مرتبط بمفهوم اتفاق طرفي العقد كونه تعبيراً متبادلاً عن إرادتهما في التعاقد، فإن من شأن إهمال دور الاتفاق أو الإرادة في ترتيب المسؤولية العقدية في بعض الحالات، أن يؤدي حتماً إلى تجاهل مبدأ الإيجاب والقبول في هذا الشأن. هناك نظريتين في الفقه الألماني بهذا الخصوص وهي نظرية العقود الواقعية ونظرية الخطأ التعاقدي.

نظرية العقود الواقعية Faktische Vertrag Severhaltnisse

بموجب هذه النظرية والتي أوجدها الفقيه الألماني هبت Haupt عام ١٩٤١[2] فإن نية أو إرادة الطرفين لا يعار لها أدنى اهتمام في مسألة إبرام العقد. لقد أكد هبت أن المفهوم الذي تبناه القانون الألماني بضرورة إن يكون هناك اتفاقاً بين الطرفين لكي يمكن القول إن هناك عقداً بينهما قد اصبح مفهوماً ضيقاً[3]. إن ربط الالتزام التعاقدي بالإرادة إنما ينتج عنه وبصورة غير منطقية تحديداً للمسؤولية وهذا ما يدفعنا بدوره إلى اللجوء وفي كثير من الأحيان إلى الافتراض بوجود مثل هذه النية أو الإرادة لدى

(١) أنظر ترايتل، مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) Haupt, Uberfaktische vertragsverhaltnisse: Festschrift siber 11 (Leipziger Recht Swissenschaftliche Studien no 124) (Leipzig 1943) p. 1-37.

(٣) نفس المرجع ص٢٨.

الطرف الملتزم لتبرير فرض مثل هذه الالتزامات الأمر الذي يعتبر مخالفاً للواقع[1] .

لقد أكد هبت أن العقد يمكن إن ينشأ ليس فقط من إيجاب وقبول Vertrag Sehluss بل أيضاً كنتيجة لأوضاع واقعية ، وفي هذا المجال فقد ذكر ثلاث حالات يمكن أن ينشأ عنها علاقات تعاقدية وهي :

١ - قيام صلات اجتماعية كإجراء مفاوضات عقدية وكذلك الإيذاء الذي يحدث في المحلات التجارية للزبائن أو الزبائن المحتملين حيث أن ما ينشأ من حقوق والتزامات في مثل هذه الحالات هي التزامات تعاقدية .

٢ - الاشتراك في مشروع جماعي كالاشتراك في شركة ثم يحكم ببطلانها لاحقاً .

٣ - القيام ببعض التصرفات ذات الدلالات المفهومة بشكل عام والتي تصادف قبولاً في المجتمع كما هي الحال في استعمال وسائل النقل العام[2] .

وفي مثل هذه الحالات فإن تصرف الشخص يقوم مقام إرادته إذا كان هذا التصرف مألوفاً وله دلالة اجتماعية على أمر ما[3] .

---

(١) نفس المرجع ، ص٦-٧ وكذلك ص٩-١٠ .

(٢) والحالات الثلاث كما وردت هي Kraft Sozialen Kontaktes, Kraft "Einordnung in ein Gemeinschftverhaltnis und Kraft Socialer...........
نفس المرجع ، ص ٨-٩ .

(٣) لمزيد من التفصيلات عن النظرية راجع :
S. Simitis, Die facktischen vertragsverhaltnisse als Ausdruck der gewardelten sozialan funktion des Privatrechts (Frankfurt a. m. 1957).

القضاء الألماني ونظرية العقود الواقعية:

إن القضاء الألماني قد اخذ بهذه النظرية في عدة قضايا، ففي قضية صدر الحكم بها عام ١٩٥٦ (١) تقدمت بلدية هامبورغ بدعوى تطالب فيها المحكمة بإلزام إحدى السيدات بدفع أجرة مرآب سيارات كانت السيدة قد قامت باستخدامه اكثر من مرة ليس فقط دون إن تدفع الأجرة بل كانت تقوم بالطلب من حارس المرآب بعدم مراقبة سيارتها أثناء اصطفافها في المرآب لعدم نيتها في دفع اجره . لقد ادعت السيدة أمام المحكمة بعدم وجود عقد بينها وبين البلدية حيث لا يمكن للبلدية إلا اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية أو إلى قواعد الإثراء بلا سبب للحصول على تعويض كمقابل لاستعمال المرآب(٢) . وهذا الأمر حسب رأي المحكمة في غاية الصعوبة لإن تحديد مبلغ الاغتناء الحاصل للسيدة يتطلب تحديد كم سيكلفها استعمال مرآب سيارات آخر بدلاً من ذلك الذي استعملته، كما وإن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يتطلب إثبات أنه كان بإمكان البلدية إيجار الحيز الذي شغلته السيارة إلى شخص آخر أثناء اصطفاف سيارة السيدة فيه . مع أن المحكمة أخذت برأي السيدة بأن الالتزام بدفع الأجرة لا يؤسس على عقد إلا أنها أشارت إلى نظرية هبت وأعلنت عن وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين لأن الشخص الذي يقوم باستخدام مرآب للسيارات وأثناء تواجد الأشخاص القائمين على حراسته وإدارته إنما يقوم بإنشاء علاقة تعاقدية بهذا العمل . أن العلاقة التعاقدية التي أقرت المحكمة بوجودها هنا لم تنشأ عن إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر بل إنها نشأت رغم عدم توافر إرادة أحد الطرفين للالتزام ولهذا فإن المحكمة لم تشر إلى مبدأ الإيجاب والقبول في

(١) BGH 14.7.1956, BGHZ 21, 319.

(٢) p.p 334 - 335.

قرارها مخالفة بذلك المبادئ التقليدية في القانون الألماني .

أما القضية الثانية والتي أخذ بها القضاء الألماني بنظرية هبت فقد كانت بخصوص قيام أحد الأشخاص باستعمال التيار الكهربائي بشكل مباشر ودون مرور السلك الناقل للطاقة على العداد الخاص بالاستهلاك[(١)] . لقد أعلنت المحكمة إن مثل هذا التصرف ينشئ علاقة تعاقدية بين الشركة وبين الشخص الذي يقوم بمثل هذا العمل، ولهذا فإن الشرط الجزائي الوارد في تعرفه الشركة وهو شرط تعاقدي والبالغ ٢٠,٠٠٠ مارك كجزاء يفرض على الشخص الذي يقوم بهذا العمل، يجوز للمحكمة تعديله طبقاً للمادة ٣٤٣ من القانون المدني والتي تعطي المحكمة الحق في تعديل الشرط الجزائي[(٢)] . إن المحكمة في هذه القضية لم تعر اهتماما لحقيقة كون المدعى عليه لم يوافق على تعرفه الشركة التي تنص على فرض مثل هذا الجزاء بل أعلنت عن وجود علاقة أساسها عقد دون تحليل مسألة إبرام هذا العقد على أساس إيجاب وقبول . هذا وقد قام القضاء الألماني بتطبيق هذه النظرية وبشكل جزئي في قضية أخرى[(٣)] .

إن هذه النظرية قد تعرضت لانتقادات شديدة[(٤)] كما وأن القضاء الألماني عاد وتراجع عن الأخذ بها في بعض القضايا المشابهة للقضايا المشار إليها أعلاه[(٥)] .

---

(١) BGH 29. 1. 1957. JZ 1957, 275.

(٢) p. 276.

(٣) LG Bremen 17. 8. 1966, NJW 1966, 2360.

(٤) Medicus, Burgerliches Recht (ed. 13 cologne" Berlin a-o 1987) no 190-192.
كذلك انظر:
E. J. Cohn. Manaul of German Law, Vol. 1 2nd ed (1968) Oceana pub. P. 114.

(٥) BGH. NJW 1965, 387; BGH MDR 1968, 406.

نظرية الخطأ أثناء التفاوض Culpa in Contrahendo

إن الحالة الأولى من حالات العقود الواقعية والتي تحدث عنها هبت (الحقوق والالتزامات الناتجة عن قيام صلات اجتماعية كالتفاوض) هي أحد أوجه نظرية الخطأ أثناء التفاوض أو الخطأ التعاقدي التي نادى بها الفقيه الألماني ايهرنج Jhering عام (١٨٦١)[1]. طبقاً لنظرية ايهرنج فإن مجرد البدء أيضا في التفاوض لإبرام عقد بين طرفين يرتب مسؤولية تعاقدية على كل طرف بعدم ارتكابه لأي خطأ أثناء فترة التفاوض كالانسحاب غير المبرر من المفاوضات أو التسبب بإيذاء الطرف الآخر. إن على طرفي التفاوض الالتزام بمراعاة الجدية في التفاوض فليست الحماية القانونية يقتصر مجالها على العلاقات العقدية القائمة بل إن هذه الحماية تمتد لتشمل العلاقات التعاقدية المحتمل إنشاؤها. ولهذا فإنه ليس من المتوجب على كل طرف يرغب بالتعاقد مع طرف آخر الحصول منه على تعهد بعدم ارتكابه لأي خطأ أثناء فترة التفاوض أو بعدم انسحابه من هذه المفاوضات بلا أسباب مقنعة، بل إن ضمانات عدم ارتكابه لمثل ذلك يجب أن تستند إلى القانون نفسه حيث أن مجرد البدء بالتفاوض يرتب مثل هذا الالتزام الضمني. إن أساس المسؤولية العقدية في مثل هذه الحالة هو أن الدخول في تفاوض لإجراء عقد ما يفترض سلفاً مسؤولية كل طرف من طرفي المفاوضات تجاه الطرف الآخر عن أخطائه وذلك لثقة كل منهما بحسن نية الطرف الآخر والاستعداد الكامل لديه لإجراء التفاوض للوصول إلى إبرام العقد المنشود.

---

(١) Jhering. Culpa in Contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen: Jherjb 4 (1861) 1-112.

القضاء الألماني ونظرية الخطأ أثناء المفاوضات :

لقد اخذ القضاء الألماني بنظرية الخطأ أثناء التفاوض في اكثر من قضية ، ففي واحدة من هذه القضايا[1] دخلت إحدى السيدات إلى أحد المحلات التجارية لشراء قطعة من السجاد وصدف أثناء عرض السجاد عليها من قبل أحد العاملين في المتجر أن أصيبت نتيجة لسقوط لفافة من السجاد عليها حيث لم يتم عقد البيع نتيجة لذلك . لجأت السيدة إلى القضاء مطالبة صاحب المحل التجاري بالتعويض عن إصابتها الناتجة عن تصرف عامل المتجر . لقد أعلنت المحكمة أن عامل المتجر قد ارتكب خطأ وأن أساس التعويض هو المادة (٢٧٨) من القانون المدني ، قامت محكمة الاستئناف بتأييد قرار المحكمة الدنيا وأعلنت أن عامل المتجر كان قد بدأ بإجراء مفاوضات مع المدعي حين طلبت السيدة رؤية السجاد وقيامه بعرض السجاد عليها وأن هذا يشكل تفاوضا هدفه إبرام عقد بيع . لقد أكدت أن ذلك يعد تصرفاً قانونيا سابقاً على عقد البيع تنشأ بموجبه التزامات قانونية إلى الحد الذي يتوجب فيه على كلا الطرفين مراعاة العناية المطلوبة للمحافظة على السلامة الشخصية للطرف الآخر . إن المدعى عليه بتشغيله للعامل في متجره إنما أراد بواسطته تنفيذ التزامه تجاه الشخص الذي يرغب بالشراء لهذا فإن صاحب المتجر يسأل عن خطأ العامل وتطبق المادة (٢٧٨) والتي تنص على أن الشخص الذي يترتب عليه تنفيذ التزام ما يكون مسؤولاً عن خطأ الشخص الذي يعهد إليه بتنفيذ هذا الالتزام بدلاً منه ، ولا تطبق المادة (٨٣١) والخاصة بالمسؤولية التقصيرية على العلاقة بين السيدة والعامل الذي تسبب بإيذائها . لقد طبقت المحكمة نصاً يتعلق بالمسؤولية العقدية على علاقة لم تنشأ عن عقد وافترضت أن هناك التزاما تعاقدياً على صاحب المحل وهذا الالتزام لم ينشأ عن عقد يمكن تحليل عملية إبرامه

---

(١) Reichsgericht. 6th civil senate. 7. 12. 1911, 78 ERGZ 239.

على أساس إيجاب وقبول. لقد إمتد هذا المبدأ إلى الزبون الذي يدخل محلاً تجارياً بقصد الشراء ودون ضرورة البدء بأي تفاوض لشراء شيء[1]، كما وأن البعض يرى أن أي شخص يدخل محلاً تجارياً يعتبر زبوناً احتمالياً ينطبق عليه المبدأ وسواء كان دخوله بقصد الشراء أم لا[2].

أما بالنسبة للمسؤولية العقدية الناشئة عن الإنسحاب من المفاوضات بلا أسباب مبررة فقد اخذ بها القضاء الألماني في أكثر من قضية. " إن دعوى التعويض عن الخسائر التي يتكبدها أحد الطرفين في معرض إجراءات التفاوض يمكن الحكم بها عندما يكون الطرف الذي قام بقطع التفاوض قد خلق وبسلوكه غير الملائم ثقة لدى الطرف الآخر بأن العقد سيتم إبرامه "[3]. لقد أكد القضاء الألماني أن الطرف المتفاوض قد يتحمل مسؤولية التعويض تجاه الطرف المتفاوض الآخر حتى ولو أنه لا يكون ملزماً بإبرام العقد الذي يتفاوضان بشأنه وذلك عندما يقوم هذا الطرف بتصرف ما بحيث يدفع الطرف الآخر إلى الاعتقاد والثقة وعلى صورة منطقية، بحقيقة وكنه العقد الذي يتفاوضان بشأنه وأنه سيتم إبرامه، إلا أن ذلك الطرف بعد ذلك يرفض التعاقد لأسباب غير مبررة. إن الوضع الواقعي والقانوني لمثل هذه الحالة يشبه الوضع الذي يتم فيه إبرام العقد إلا أن أحد الطرفين يقوم بالطعن فيه لاحقاً بسبب الغلط[4].

---

(١) Bundesgerichtshof. 6th civil senate LM. BGB S. 276 (fa) No 13 (1962).

(٢) Larenz. Culpa in Contrahendo, verkehrssicherungspflicht und " Sozialer kontakt" 3 Monatsschrift fur deutsches Rech (1954) 515, 518.

(٣) Bundesgerichtshof. 14. 7. 1967. 5th civil senate. LM BGB. 276 (fa) no 23 (1968).

(٤) Bundesgerichtshof. 6.2. 1969. 2nd civil senate. LM. BGB, S. 276 (fa) no 280 (1969).

إن النظريات الخاصة بإمكانية أن يكون هناك عقوداً دون إيجاب وقبول تستند في الحقيقة إلى الهجوم الذي تعرضت له نظرية الإرادة في القرن التاسع العشر حيث تم التأكيد على إن المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية هو القانون نفسه . فالأشخاص يمكن لهم الدخول في علاقات تعاقدية عن طريق العقد لسبب وحيد أن القانون نفسه يرى في أن ما توصل إليه الطرفان من اتفاق مشترك يجب تنفيذه إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام . إذا كانت الحقوق والالتزامات تترتب على الأشخاص بواسطة القانون فإن القانون سيلزم الأفراد بنتائج عقودهم دون الالتفات إلى أرادتهم حيث يرى القانون أن الأهمية يجب أن تعطى للمظهر الخارجي للتعبير عن الأخير لأن ذلك هو الذي يخلق ثقة لدى الطرف الآخذ ومن ثم اعتماداً عليه ولهذا فقد تم تطوير نظرية إعلان الإرادة في ألمانيا Erklarnngs Theorie مقابلاً لنظرية الإرادة Willers TheorIe[1].

(1) K. W. Ryan . An introduction to the Civil Law. The law Book of Australasia (1962) p. 40.

الفصل الثالث
الإيجاب والقبول في القانون الأردني

لقد تناول القانون المدني الأردني وبشيء من التفصيل مسألة إبرام العقد عبر الإيجاب والقبول حيث استمد أحكامه من الفقه الإسلامي في هذا المجال . فالعقد هو ارتباط إيجاب صادر عن أحد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[1] . كمبدأ عام فإن إبرام العقد يتم بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب أي بإرادة الطرفين المعلنة كما تقول المذكرة الإيضاحية وليس بنفس إرادتهما[2] . ويشترط في هذا الارتباط لكي يرتب الشارع له آثارا أن يكون ارتباطاً معتبراً في نظر الشارع ، فالتقاء إرادتي ناقصي التمييز لا ينشأ عنهما عقد[3] . بما أن الفقه الإسلامي اخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن من البديهي أن يتناول القانون الأردني ومتأثراً بهذا الفقه مسألة التعبير عن الإرادة بواسطة اللفظ بشيء من التفصيل حيث إن اللفظ احتل المقام الأول ولهذا نجد اهتماماً في القانون الأردني بصيغ الإيجاب والقبول من الناحية اللفظية والقواعدية .

---

(١) لقد عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد على أنه " التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " م (١٠٣) . أما تعريف مرشد الحيران فهو " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب عليه للآخر " م (٢٦٢) . ونحن نرى أن الاصح أن يقال أن العقد ارتباط القبول بالإيجاب لأن الإيجاب هو الأسبق في الصدور ولا يعقل أن يرتبط بشيء غير موجود حين صدوره بل إن القبول حين يصدر هو الذي يرتبط بالإيجاب .

(٢) ص ٩٧ .

(٣) أنظر مصطفى الزرقاء ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .

طرق التعبير عن الإرادة:

لقد نصت المادة (٩٠) على أن العقد ينعقد بارتباط الإيجاب والقبول، وقد جاءت المادة (٩١) لتعرف الإيجاب والقبول على أنهما كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد[١]. وأول ما يلاحظ أن هاتين المادتين قد افترضتا أن العقد ينعقد بارتباط ايجاب صادر من طرف وقبول صادر عن طرف آخر وإن الإيجاب والقبول إنما يتمان باللفظ وهذا ما يتماشى مع الفقه الإسلام في إعطاء اللفظ الأهمية القصوى في عملية إبرام العقد بين طرفين حاضرين. وكما يلاحظ فإن المادة أيضاً أحالت إلى العرف بالنسبة إلى الألفاظ المستعملة ولهذا فإنه لا ضرورة لاستعمال ألفاظ معينة أو مشتقاتها. إن أي لفظ يقرّه العرف لإنشاء العقد يمكن استعماله من قبل المتعاقدين. إلا أن المادة (٩١) وكذلك المادة (٩٢). [٢]قد أشارتا إلى صيغ قواعدية للفظ المستعمل وهذا ما يتنافى مع اعتبار العرف المرجع في دلالات الألفاظ حيث أنه قد يعتبر الفاظاً بأنها صالحة لإنشاء العقد بغض النظر عن صيغها القواعدية. [٣] كما إن المادة (٩٤)

---

(١) يعرف الإيجاب عند الحنفية بأنه " الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع أولاً سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك بألف، والقبول الفعل الثاني " ابن الهمام فتح القديرة ٥/ ٧٤.

(٢) وهذا ما يتماشى مع الفقه الإسلامي في اعتبار صيغة الفعل الماضي هي الأمثل لإبرام العقد لأنها تعبر عن إرادة الجزم.

(٣) يعتبر العرف في الفقه الإسلامي مرجعاً في دلالات الألفاظ حيث أن الأمر الجوهري في أي لفظ هو إن يؤدي المعنى المقصود، فالقرافي من فقهاء المالكية أكد أن العرف في زمن معين قد يقضي بقبول ألفاظ لم تكن مقبولة من قبل. الفروق ١/ ٤٤-٤٥. كما أن ابن تيمية من فقهاء الحنابلة أكد أنه إذا لم يكن للبيع حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم فما سموه بيعاً فهو بيع. مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣-١٩ كما إن ابن قدامه أكد أيضاً بأن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب فيه الرجوع إلى العرف. المغني ٣/ ٥٦١-٥٦٢. أما النووي من فقهاء الشافعية فأكد أنه لم يثبت في الشرع لفظ للعقد فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً. ٩/ ١٦٣.

أشارت إلى أن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً وهذا لا يعتبر إيجاباً لفظياً إلا إذا اعتبرنا اللفظ المكتوب كاللفظ المتلفظ به (القولي) لهذا فإننا نرى أن المادة (٩١) قد صيغت على شكل توافقي بين اعتبارات الفقه الإسلامي واعتبارات الواقع العملي .

أما بالنسبة إلى طرق التعبير عن الإرادة حسب المادة (٩٣) فهي اللفظ والكتابة والإشارة المعهودة عرفاً والمبادلة الدالة على التراضي وكذلك اتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي . هذا ويلاحظ أنه في الوقت الذي أشارت فيه المادة (٩١) إلى أن الإيجاب والقبول هو التعبير اللفظي عن الإرادة جاء مفهوم التعبير عن الإرادة في المادة (٩٣) من السعة بحيث يشمل حالات يتم فيها إبرام العقد دون إيجاب وقبول . إن المادة (٩٣) قد جاءت بنص عام وشامل لكافة طرق التعبير عن الإرادة سواء أكانت صريحة أم ضمنية وسواء أكانت ألفاظا أو أفعالا . إننا نرى أن هناك تفصيلاً وتكراراً لا لزوم له في المواد الخاصة بالإيجاب والقبول وأن المشرع لم يكن موفقاً في اقتباسه أحكاما من مجلة الأحكام العدلية وأحكاما من مرشد الحيران وكذلك أحكاما عن القانون المدني المصري دون محاولة التوفيق بينها بصياغة موجزة ودقيقة .

التعاطي:

التعاطي هو إبرام العقد عبر آلية الأخذ والإعطاء دون تلفظ بإيجاب وقبول بين الطرفين، وركنا التعاطي هما التراضي والذي هو بشكل عام أساس الالتزامات التعاقدية وكذلك الإعطاء . بالنسبة إلى التراضي فهو ركن معنوي يستخلص من الملابسات المحيطة بالركن المادي وهو الإعطاء من طرف والأخذ من طرف آخر كما

في عقد الهبة[1] . كما وأن الإعطاء والأخذ قد يتم بشكل تبادلي حيث إن كل طرف يكون معطياً وآخذاً كما في عقد البيع . إن عرض البضاعة مع بيان ثمنها يشكل إيجاباً طبقاً للمادة (٩٤) ولكن من الممكن أن يتم قبول هذا الإيجاب دون التلفظ حتى بكلمة واحدة كما هو البيع في المحلات التجارية الكبرى حيث يقوم المشتري بالتقاط السلعة ثم دفع ثمنها المبين عليها دون تبادل لفظي[2] . كما أن التعاطي يتم أيضا في حال البيع بواسطة الأجهزة الذاتية حيث يقوم المشتري بإدخال الثمن للجهاز ومن ثم الضغط على أزرار معينة حيث يقوم الجهاز بإخراج الشيء المبيع . هذا وإذا كان إبرام العقد يمكن إن يتم بالتعاطي فإن إنهاؤه كذلك قد يتم بالتعاطي[3] .

المسلك الدال على التراضي - لسان الحال:

وهو اتخاذ الطرفين أو أحدهما مسلكاً لا يرقى إليه شك بخصوص اتجاه إرادتهما إلى إجراء تصرف قانوني كما لو ترك شخص حقيبته لدى شخص آخر دون اعتراض هذا الأخير على بقاؤها لديه مما يرتب التزاما بالمحافظة عليها . إن قيام الوكيل أيضا بأداء العمل الموكل به يعتبر قبولاً للوكالة ولو لم يقبلها بشكل صريح . في البيع بقصد التجربة فإن إنقضاء مدة التجربة وسكوت المشتري مع تمكنه تجربة المبيع يعتبر قبولاً

---

(١) انظر م (٨٣٩) من مجلة الأحكام .

(٢) لمزيد من التفصيل عن التعاطي والآراء الفقهية بخصوصه . راجع وحيد سوار . التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي . مكتبة دار الثقافة ، طبعة ٢ (١٩٩٨) ، ص٢٣٢ - ٢٣٧ وكذلك مصطفى الزرقاء ، مرجع سابق ، ص٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٣) م (٢٤٤) ق . م . هذا وقد أكدت محكمة التمييز أن المقصود بكلمة التعاطي في المادة (٢٤٤) هو المبادلة الفعلية وهي أفعال مادية تصدر عن المتعاقدين تعبيراً عن إرادتهم بالرجوع عن العقد ، تمييز حقوق ٩١٨/ ٩٠ . مجلة نقابة المحامين ، ص ١١٣٥ لسنة ١٩٩١ .

وكذلك استعماله للمبيع استعمالاً يزيد عما هو متعارف عليه دون قصد التجربة يعتبر قبولاً[1] .

إن بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار دون اعتراض المؤجر يعتبر أيضاً تمديداً لعقد الإيجار . إن مثل هذه التصرفات تشكل دليلاً على اتجاه الأخير إلى أجراء تصرف قانوني . إن المسلك الذي يتخذه الشخص وبحد ذاته ليس له آثار قانونية بل لا بد من اتجاه الإرادة وبصورة متزامنة مع المسلك لإنتاج الأثر القانوني المقصود . إن ركني لسان الحال هما المسلك الذي يسلكه شخص وهو عنصر مادي وكذلك اتجاه الإرادة إلى أحداث الأثر القانوني المترتب على مثل هذا السلوك وهو عنصر معنوي . إن المسلك في لسان الحال وبحد ذاته لا يعتبر وسيلة أصيلة للكشف عن الإرادة بل لا بد من وجود ظروف محيطة تسمح بتفسيره بهذا الاتجاه .

الإشارة المتعارف على دلالتها:

لم يقصر القانون الأردني الأخذ بالإشارة على الأخرس فقط كما ورد في المادة (١٧٤) من مجلة الأحكام ، فالإشارة من الناطق إذا كانت ذات دلالة لا نزاع حولها تعتبر تعبيراً عن الإرادة كهز الرأس باتجاه الأعلى أو الأسفل مثلاً . أما إشارة الأخرس المعهودة فهي كما تقول المادة (٧٠) من المجلة تعتبر كالبيان باللسان .

إن العقود الناتجة عن التعاطي أو المسلك ذو الدلالة لا تتم بإيجاب وقبول . هذا ويلاحظ أن القانون المدني الأردني مقارنة مع القانون الفرنسي أو الألماني أو القوانين الإنجلوسكسونية هو القانون الوحيد الذي تناول مسألة إبرام العقد من خلال الإيجاب والقبول وبشيء من التفصيل وبهذا فقد وفر المشرع على الفقه عناء

---

(١) م. (٤٧١/ ٢) و (٤٧٦) ق . م .

الاجتهاد بهذه الأمور . ويرجع ذلك إلى اعتماد المشرع على الفقه الإسلامي الغني بالتفصيلات الدقيقة بشأن الإيجاب والقبول .

إن الفقه الإسلامي قد استوعب بداية فكرة العقود التي لا تتم بإيجاب وقبول فحيث أن الإيجاب والقبول في حقيقته يعكس تراضي الطرفين المتعاقدين فإن العقد قد ينعقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي[(١)] .

لقد أخذ القانون المدني الأردني في المادة (٩١/ ١) بفكرة التسلسل الزمني لصدور اللفظين من الطرفين المتعاقدين كأساس لتحديد الإيجاب والقبول فاللفظ الذي يصدر أولاً هو الإيجاب بينما اللفظ الذي يصدر ثانياً هو القبول وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية[(٢)] . وما يتفق بشكل عام مع الفقه الإسلامي وبالتالي فإنه يجوز تقديم القبول حيث يعتبر عندئذ إيجاباً . [(٣)]

استثناءات أخرى على مبدأ الإيجاب والقبول:

لقد نص القانون المدني على بعض الاستثناءات على مبدأ الإيجاب والقبول في إبرام العقد ومنها :

(١) انظر المادة (١٧٥) من المجلة " حيث أن القصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي " .

(٢) راجع المواد (١٠١) و (١٠٢) من المجلة .

(٣) انظر في الفقه الشافعي النووي، الروضة ٣/ ٢٣٦ وفي الفقه المالكي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣ وفي الفقه الحنبلي االبهوتي، منتهى الإرادات ١/ ٣٢٨ .

تعاقد الشخص مع نفسه:

من الحالات التي تثير مسألة الإيجاب والقبول حالة تعاقد الشخص مع نفسه، وهذا التعاقد يمكن أن يتحقق في حالتين: الأولى أن يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر والثانية أن يتعاقد كنائب عن طرفين. إن العقد الذي يبرم في هاتين الحالتين لا يتوافر فيه التعبير من إرادتين مستقلتين من خلال إيجاب صادر من طرف وقبول صادر عن طرف آخر بل إن النائب هو الذي يعبر عن إرادته وحدها. وقد يقال أن تعبير النائب هو في حقيقته ينطوي على التعبير عن إرادتين متميزتين يتم بهما إنعقاد العقد كأي عقد آخر[1]. ولكن قد يكون الاعتراض على هذا الرأي هو أن النائب يعبر عن إرادته وحده لهذا فإن شخصه لا شخص الأصيل هو الذي يكون محلاً للاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم أو وجوب العلم في بعض الظروف الخاصة[2]. هذا ويرى البعض أن السبب في منع تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص الأصيل لا يرجع إلى إنعدام الإيجاب والقبول في هذه الحالة بل يرجع إلى تعارض مصالح الشخص المتعاقد مع من يتعاقد باسمه[3]. كما وأن هناك من يرى أن التعاقد مع النفس وبسبب أنه لا يشمل إلا على إرادة واحدة فهو يعتبر تصرفاً منفرداً من جانب واحد ولكن تترتب عليه جميع آثار العقد[4].

---

(١) جميل الشرقاوي. النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام (١٩٧٦) ص١٠٠.

(٢) م. (١١١) من القانون المدني الأردني.

(٣) عبد المنعم البدراوي. النظرية العامة للالتزامات. ج١. مصادر الالتزام (١٩٧٥) ص١١٥.

(٤) محمود جمال الدين زكي. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، في مصادر الالتزام ص ١٠٥.

إن المادة (١١٥) من القانون المدني الأردني وكمبدأ عام أقرت منع تعاقد الشخص مع نفسه وقد أورد القانون تطبيقاً لهذا المنع في أحكام عقد البيع في المادتين (٥٤٨) و (٥٤٩)، إلا أن المادة نفسها قد أوردت استثناء على الأصل وهو الترخيص المسبق من الوكيل للنائب بالتعاقد وكذلك قيامه بإجازة التعاقد لاحقاً. وبهذا فإن تعاقد الشخص مع نفسه يعتبر تصرفاً صحيحاً في هاتين الحالتين. كما أن المادة (٩٠) أيضاً من قانون التجارة أجازت تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه باسم موكله إذا رضي الموكل بذلك. إنه من الطبيعي أن مثل هذه العقود التي يجريها النائب أو الوكيل مع نفسه لا تتم عبر آلية الإيجاب والقبول.

عقد الهبة والكفالة والوكالة والإيداع:

طبقا للمادة (٥٥٨/ ١) فإن عقد الهبة من العقود التي يتم إبرامها بإيجاب صادر عن طرف وقبول صادر عن الطرف الآخر ولا تتم إلا بالقبض. إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة أجازت إبرام عقد الهبة بإيجاب دون قبول في حالات محددة وهي كون الواهب ولياً أو وصياً للموهوب له وكذلك في حال كون الموهوب له صغيراً ويقوم الواهب نفسه على تربيته. في مثل هذه الحالات فإن العقد يبرم بالإيجاب الصادر من الولي أو الوصي أو الشخص القائم على التربية فقط ولا يتوقف على القبول أو القبض. كما وأن الكفالة أيضاً تبرم بإيجاب صادر من الكفيل فقط[1] دون حاجة إلى قبول المكفول له أو إجازته ولكن يثبت له حق الرد. فالكفالة ليست تصرفا قانونياً

(١) م (٩٥١) ق. م (يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له) وهذا أحد قولين لكل من أبي يوسف والشافعي، أما القولين الآخرين فان القبول يعتبر ركنا في الكفالة. والكفالة هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، ولهذا يرى المرحوم السنهوري أن الراجح أن الكفالة تحتاج الى إيجاب وقبول. مصادر الحق. ج ١ . دار إحياء التراث العربي. بيروت ١٩٧٩ ص٣٥.

يكتفى لإبرامه توافر الإيجاب فقط بل إن الإيجاب يجب أن يصدر عن الكفيل فالقانون حدد الطرف الذي يجب أن يكون موجباً وهذا الإيجاب يكفي لإنعقاد الكفالة ونفاذها ما لم يردها المكفول له[1]. أما بالنسبة لعقد الوكالة فإن القانون قد أعطى للموكل حق عزل وكيله باستثناء حالتين وكذلك أعطى الحق للوكيل نفسه بإمكانية أن يقيل نفسه ضمن شروط معينة[2]. إن هذا يعتبر خروجاً على القواعد العامة في اشتراط التراضي بين الطرفين لإنهاء العقد[3]. إن حق العزل أو الإقالة يمكن أيضاً اعتبارهما من التصرفات المنفردة. أما بالنسبة إلى عقد الإيداع بلا أجر فإن لكلاً من المودع أو المودع لديه حق فسخ العقد وهذا يتم بإيجاب ولا يتوقف على قبول الطرف الآخر. إن تحليل إبرام أو إنهاء مثل هذه العقود لا يمكن أن يتم من خلال الإيجاب والقبول فهي تعتبر من قبيل الاستثناءات على المبدأ.

تجديد عقدي الإيجار والعمل:

طبقاً للمادة (٦٧٠) فإنه إذا تم الاتفاق بين الطرفين في عقد الإيجار على دفع الأجرة أما بشكل اسبوعي أو شهري أو سنوي دون تحديد مدة معينة لهذا العقد فإن العقد، يعتبر معقوداً لمدة تماثل هذه الوحدة الزمنية المقررة لدفع الأجرة، فإذا انتهت هذه المدة دون مطالبة أحد الطرفين بفسخ العقد فإن العقد يتجدد تلقائياً لمثل هذه المدة الزمنية. ومثل هذا التجديد إنما يعتبر عقداً جديداً إلا أنه يبرم دون إيجاب وقبول فعليين. أما إذا كان تم تحديد مدة لعقد الإيجار وانتهت هذه المدة مع بقاء المستأجر

(١) تمييز حقوق ١٥٨/ ٩٠ مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٩١ ص١٦٥٦.

(٢) المواد (٨٦٣) و (٨٦٥) ق. م

(٣) م. (٢٤١) ق. م

منتفعاً بالمأجور برضى المؤجر وسواء تم التعبير عن هذا الرضى صراحة أم ضمناً كالسكوت مثلاً فإن العقد يعتبر مجدداً بنفس الشروط[1] . في مثل هذا الوضع فإن تجديد العقد لا يتم بإيجاب وقبول يصدران عن طرفي العقد . إن ما يطبق على عقد الإيجار يطبق أيضاً على عقد العمل المحدد المدة والذي يستمر طرفاه بتنفيذه بارادتيهما بعد إنتهاء مدته حيث يعتبر ذلك تجديداً له لمدة غير معينة[2] . لقد ذهب القانون إلى ابعد من ذلك حيث أنه إذا كان هناك عذراً يستدعي استمرار عقد العمل الذي انتهت مدته فإن العقد يستمر بقدر الحاجة إلى استمراره وهذا يعتبر تمديداً قانونياً لعقد العمل ليس فقط إنه لا يحتاج إلى إيجاب وقبول صريحين أم ضمنيين من طرفيه بل يمدد دون اعتبار لإرادة أو رضى أحدهما[3] . إنه وسواء تم تفسير إبرام مثل هذه العقود على أساس سلوك الطرفين الدال على التراضي أو على أساس الإيجاب والقبول الضمنيين أو على أساس أن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان فإن النتيجة واحدة وهو إنها تخرج عن المبدأ التقليدي للإيجاب والقبول .

---

(١) م (٧٠٧/ ٢) ق . م . انظر تمييز حقوق ٧٢٣/ ٩٠ . مجلة نقابة المحامين ص ١٧٢٠ سنة ١٩٩١ ، " إذا استمرا طرفا العقد المحدد المدة في تنفيذه بعد انقضاء مدته اعتبر ذلك تجديداً له لمدة غير محددة " .

(٢) م (٨٠٩) . ق . م . انظر تمييز حقوق ١٨٠١/ ٩٤ مجلة نقابة المحامين ص ٢٣٤٩ سنة ١٩٩٦ " يتحول عقد العمل المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة أدنى تجدد ضمنياً باستمرار المتعاقدين في تنفيذ أحكام " انظر إيجابا تمييز حقوق ٨٩١ / ٨٨ مجلة نقابة المحامين ص ١٥٩١ سنة ١٩٩٥ كذلك تمييز حقوق ٦٥٢/ ٨٨ ، نفس العدد ص ١٥٩٦ .

(٣) م (٨٢٥) ق . م

عقد الشركة:

لقد نصت المادة (٤) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ بخصوص شركة التضامن على إنها تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد عن العشرين وبالتالي فإن عقد الشركة الذي يوقعه أكثر من طرف يثير إشكالاً فيما يتعلق بالإيجاب والقبول. إن من الصعوبة معرفة الشريك الموجب والشريك القابل سواء تم توقيع الشركاء معاً وبصورة متزامنة أو تم توقيعهم على فترات مختلفة. إنه لا يمكننا القول أن الشركة هي الطرف الموجب وأن الشركاء جميعهم هم الطرف القابل لأن عقد الشركة يجب أن يتم توقيعه من الشركاء قبل منح الشخصية الاعتبارية للشركة. فالشخصية الاعتبارية لا تمنح للشركة الا بعد تسجيلها حيث إن طلب التسجيل يجب أن يرفق به نسخة عن عقد الشركة[1].

(١) م (١١) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ .

الخاتمـــة

كما كان الفقه الإسلامي سباقاً في استنباطه لمبدأ الإيجاب والقبول في إبرام العقد، فقد كان سباقاً أيضا في استشرافه لفكرة العقد الذي لا يتم إبرامه بإيجاب وقبول.

إننا نعتقد أن مبدأ الإيجاب والقبول في النظم القانونية الغربية كان مصدره الفقه الإسلامي حيث انتقل المبدأ إلى فرنسا ومن ثم تأثر به القانون الإنجليزي كما رأينا.

بالنسبة إلى نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بالمبدأ، فقد استمدها المشرع من مجلة الأحكام العدلية ومن مرشد الحيران وكذلك من القانون المدني المصري، إلا أن المشرع لم يكن موفقاً في هذا الأخذ. فقد كان عليه أن يعيد صياغة هذه المواد بشكل يوفق بينها ويختصرها إلى مبدأ موجز يعكس الواقع الراهن. إن الإشارة إلى صيغ الألفاظ القواعدية واللفظية لم يعد يتلاءم مع الواقع العملي ومع مبدأ حرية الإرادة في التعبير عن نفسها. لهذا فإننا نرى مثلاً أنه يمكن الاستغناء عن كل من المادتين (٩١) و (٩٢) حيث ان ما ورد في المادة (٩٠) والمادة (١٠٥) ما يغني عنهما.

إن التأكيد على أسلمة القانون المدني قد دفع المشرع إلى إقدامه على مجرد النقل عن مصادر إسلامية متعددة دون بذل محاوله للتوفيق بينها وإعادة الصياغة وحذف المتشابه أو الزائد لهذا فقد احتوى القانون على كثير من المواد بخصوص الإيجاب والقبول (حوالي خمس عشرة مادة) سواء في الأحكام الخاصة بإنعقاد العقد أو إنهائه أو عند تناوله لإجازة العقد الموقوف أو لدى تناوله للفسخ أو الإجارة لخيار الشرط.